Der Sukzessivwerkvertrag.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

der

Rechts- und wirtschaftswissenschaftlichen Fakultät der Universität

Rostock

vorgelegt von

Hans Herbert Never,

Referendar.

Rostock i. M.
Ww. H. Winterbergs Buchdruckerei.
1926.

Referent: Professor Dr. Feine.

Einer von mir über alles verehrten Frau!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549216_0119

Disposition.

Erster Teil.

Der Begriff des Sukzessivwerkvertrages

Seite

§ 1. Allgemeines 9
§ 2. Das Eigentümliche des Werkvertrages, insbesondere im Gegensatz zum Dienstvertrag. 10
A. Die vertretenen Ansichten und deren Kritik 10
B. Eigene Stellungnahme 14
§ 3. Der Begriff eines sukzessiven Vertrages.
A. Der Begriff des Sukzessiven überhaupt 17
B. Das sukzessive Moment in seiner Wirkung auf den Werkvertrag 20

Zweiter Teil.

Rechtsfolgen von vertragswidrigem Verhalten.

§ 4. Übersicht 25
§ 5. Die Rechtsfolgen von negativen Vertragsverletzungen
A. Verzug.
1. Allgemeines 27
2. Die Ansicht der Rechtsprechung 28
3. Die in der Literatur vertretene Ansicht
a) die Anhänger der Ansicht der Praxis 31
b) die Ansicht der Gegenmeinung 37
c) die Ansicht Müller-Erzbachs 40
4. Eigene Stellungnahme bei einem Sukzessivwerkvertrag 46
B. Unmöglichkeit 52
§ 6. Die Rechtsfolgen von positiven Vertragsverletzungen . . . 54
§ 7. Das Kündigungsrecht nach Werkvertragsrecht 59

Literaturverzeichnis.

Anton, Geben positive Vertragsverletzungen des Gegners ein Rücktrittsrecht? Erlangen 1905.

Bail, Das Rechtsverhältnis der Arbeitgeber und Arbeitnehmer. Berlin 1904.

Bolze, Die Praxis des R. G. in Zivilsachen.

Brand, Das Handelsgesetzbuch. 1911.

Caesar, Der Ratenlieferungsvertrag. In Ztschr. f. d. ges. Staatswissensch. (hg. von Bücher) Jg. 67. S. 525 ff.

Derselbe, Die rechtliche Natur des Ratenlieferungsgeschäftes. In Holdheims Monatschr. f. H. R. 1910. S. 31, 49, 184.

Cosack, Lehrbuch des deutschen bürgerlichen Rechts. 7. Aufl., Jena 1922.

Crome, System des deutschen bürgerlichen Rechts. Tübingen und Lpzg. 1802.

Dernburg, Das bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. 2. Aufl., 2. Bd. 1906.

Derselbe, Über das Rücktrittsrecht des Käufers bei positiver Vertragsverletzung. In D. J. Z. 8. Jg., S. 1 ff.

Düringer-Hachenburg, Das Handelsgesetzbuch, Bd. 2, 2. Aufl. Mannh. 1910, 1909, Bd. 1 1899.

Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 9. Aufl., Berlin 1903.

Engelke, Das Rücktrittsrecht des Gläubigers bei dem Sukzessivlieferungsvertrage. Greifswald 1913.

Enneccerus, Lehrbuch des bürgerlichen Rechtes 1 u. 2 18./22. Aufl., Marburg 1922, 1923.

Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts in Zivilsachen.

Esser, Der Sukzessivlieferungsvertrag. Köln 1909.

Gekeler, Die rechtlichen Besonderheiten des Sukzessivlieferungsvertrages. Stuttgart 1910.

v. Gierke, Otto, Deutsches Privatrecht III. 1917.

Derselb, Dauernde Schuldverhältnisse. In Iherings Jahrb. f. d. Dogmatik d. bürg. R. Jena 1914.

Goldmann-Lilienthal, Kommentar zum BGB., 2. Aufl., Berlin 1901—06.

Grupen, Der Schuldnerverzug des Lieferanten bei den Sukzessivlieferungsgeschäften, Greifswald 1902.

Hachenburg, Dienstvertrag und Werkvertrag im Bürgerlichen Gesetzbuch. Mannheim 1898.

Hesse, Die Verträge auf fortgesetzte Lieferungen nach dem Rechte des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Marburg 1905.

Hirsch, Schuldnerverzug beim Sukzessivlieferungsvertrag. Berlin 1909.

Hoeniger-Wehrle, Gesetzessammlung „Arbeitsrecht". 4. Aufl. 1924.

Hueck, Der Verzug bei Sukzessivlieferungsverträgen. In Goldschmidts Ztschr. f. d. ges. H. R. 1916.

Jacobi, Zur Lehre vom Sukzessivlieferungsvertrage in Gruchots Beitr. Bd. 50, S. 230 ff.

Kipp, Das Reichsgericht und die positiven Vertragsverletzungen. In D. J. Z. 1903, S. 259 ff.

Kohler, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, 2. Bd. 1 u. 2, Berlin 1906.

Kurnik, Die Sukzessivlieferung. Greifswald 1910.

Kreller, Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes. In Arch. f. ziv. Praxis. Tübingen 1924.

Krückmann, Zur Lehre von den positiven Vertragsverletzungen. In D. J. Z. 1905.

Landsberg, Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Ein dogmatisches Lehrbuch. Berlin 1904.

Lehmann, Die Unterlassungspflicht im Bürgerlichen Recht. München 1906.

Lehmann-Ring, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Berlin 1901/02.

Lesser, Gaben und geben positive Vertragsverletzungen ein Rücktrittsrecht? Breslau 1906.

Lotmar, Der Arbeitsvertrag. Bd. 1 u. 2. Lpzg. 1902.

Makower, Handelsgesetzbuch mit Kommentar. 13. Aufl.

Martius, Der Bergführervertrag. Berlin 1906.

Müller, Der Sukzessivlieferungsvertrag. In Gruch. Beitr. Bd. 50, S. 508 ff.

Müller, Begründet ein Verschulden des Käufers beim Verkauf oder die Lieferung einer mangelhaften Sache die Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht? Kann Schadensersatz neben Wandlung gefordert werden? In „das Recht" 1902, S. 542 ff., 576 ff.

Müller-Erzbach, Über das Rücktrittsrecht bei Sukzessivlieferungsgeschäften und ähnlichen Verträgen. In D. J. Z. 1904 S. 1158 ff.

Molitor, Das Wesen des Arbeitsvertrages. Lpzg. 1925.
Oertmann, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch und seinen Nebengesetzen I, 2., 3., u. 4. Aufl., 1910.
Paesch, Der Leistungsverzug. Berlin 1902.
Planck, Kommentar zum bürgerlichen Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz, 4. Aufl. Berlin 1914.
Pohl, Die juristische Natur des Bierlieferungsvertrages. Bonn 1904.
Ratenbacher, Das Recht des Käufers bei einem Sukzessivlieferungsgeschäfte, bei mangelhafter Lieferung vom Vertrage zurückzutreten. Heidelberg 1910.
Rehbein, Das bürgerliche Gesetzbuch mit Erläuterungen, Bd. II. 1900.
Riezler, Der Werkvertrag nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
Ritter, Das Handelsgesetzbuch. 1910.
Rümelin, Dienstvertrag und Werkvertrag. Tübingen 1905.
Rücker, Der Unterschied zwischen dem Dienstvertrag in Akkordform und dem Werkvertrag. Breslau 1919.
Scheidt, Der Sukzessivlieferungsvertrag als Dauerschuldverhältnis. Göttingen 1923.
Schollmeyer, Recht der Schuldverhältnisse. 1900.
Schreiner, Studie zum Recht der Vertragsverletzungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, unter besonderer Berücksichtigung der Sukzessivlieferungsgeschäfte. Köln 1906.
Seeck, Der Sukzessivlieferungsvertrag. Münster 1914.
Siegel, Der gewerbliche Arbeitsvertrag. Stuttgart 1903.
Stadthagen, Das Arbeiterrecht. Stuttgart. 4. Aufl.
Stammler, Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1897.
Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. Berlin 1904, 1913.
Derselbe, In Festschrift für den XXVI. Deutschen Juristentag. Berlin 1902.
Derselbe, Kommentar zum Handelsgesetzbuch. 12. u. 13. Aufl., Berlin 1926.
Staudinger, Kommentar zum BGB. 9. Aufl., Berlin 1925, 1926.
Steinki, Voraussetzungen und Wirkungen des Schuldnerverzugs bei Sukzessivlieferungen. Königsberg 1921.
Utermarck, Die allgemeinen Rechtsfolgen positiver Vertragsverletzungen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Lübeck 1906.
Winter, Über das Recht zur Wandlung oder zum Rücktritt bei Sukzessivlieferungsverträgen. In Gruch. Beitr. Bd. 84. S. 193ff.
Zander, Zur Lehre von den Sukzessiv- und Dauerverträgen. Würzburg 1909.

Erster Teil.

Der Begriff des Sukzessivwerkvertrages.

§ 1. Allgemeines.

Zu den Sukzessivverträgen gehört neben dem Sukzessivkaufvertrag auch der Sukzessivwerkvertrag.

Wenn diese Vertragstype bisher in Literatur und Rechtsprechung wenig Beachtung fand, so liegt es einerseits daran, daß ganz allgemein Kaufverträge im täglichen Leben häufiger vorkommen werden als Werkverträge. Andererseits wird es sich dort, wo zunächst Werkverträge vorzuliegen scheinen, vielfach nicht um Werkverträge, sondern um Werklieferungsverträge handeln, d. h. um solche Verträge, durch welche sich der Unternehmer verpflichtet, ein Werk aus einem von ihm selbst, nicht, wie beim eigentlichen Werkvertrag, aus einem vom Besteller zu beschaffenden Stoffe herzustellen und die hergestellte Sache dem Besteller zu liefern. Gemäß § 651 BGB. finden auf einen solchen Vertrag grundsätzlich die Vorschriften über den Kauf Anwendung; nur wenn eine nicht vertretbare Sache herzustellen ist, greifen fast durchweg die Vorschriften über den Werkvertrag Platz.

Sukzessivverträge können nach vorherrschender Ansicht prinzipiell nur über Gattungssachen abgeschlossen werden.[1]) Da nun Gegenstand von Gattungsschulden meistens vertretbare Sachen sind und nach der erwähnten Vorschrift bei Werklieferungsverträgen, die vertretbare Sachen betreffen, grundsätzlich die Vorschriften über den Kauf angewendet werden müssen, würde auch bei sukzessiver Erfüllung ein grundlegender Unterschied zwischen Werklieferungsverträgen über vertretbare Sachen und Kaufverträgen nicht hervortreten.[2]) Sukzessivkaufverträge oder, wie sie überwiegend bezeichnet werden, Sukzessivlieferungsverträge sind jedoch schon Gegenstand zahlreicher Abhandlungen. Eine Darstellung dieses Problems, wie es sich nach dem Gesagten letzten Endes

---

[1]) Denkbar sind Sukzessivverträge allerdings auch über Speziessachen. Dann ist aber unabänderliche Bedingung, daß ein innerer Zusammenhang zwischen den Einzelleistungen besteht, was äußerst selten sein wird. Im übrigen sind solche Verträge im wesentlichen entsprechend denjenigen über vertretbare Sachen zu behandeln. Vgl. Düringer-Hachenburg II, S. 271; Hueck a. a. O. S. 165, Scheidt, S. 6 u. dort angegeb. Beispiel.

[2]) Vgl. auch Müller a. a. O. S. 511, Anm. 5.

auch aus einer Abhandlung übrr die Sukzessivwerklieferungsverträge ergeben dürfte, könnte demnach kaum Neues bringen.

Somit hat sich die vorliegende Arbeit auf eine ausschließliche Darstellung des reinen Sukzessivwerkvertrages zu beschränken und nur dann auf die nebenliegenden Gebiete, den Sukzessivkaufvertrag und den Sukzessivwerklieferungsvertrag einzugehen, wenn dies zur Behandlung der gestellten Aufgabe unerläßlich erscheint. Dies ist — soviel sei schon jetzt gesagt — dort der Fall, wo es sich darum handelt, die Möglichkeiten der rechtlichen Erfassung des sukzessiven Momentes mit seinen Folgen darzulegen. Denn eine rechtliche Würdigung dieser Seite unserer Aufgabe ist, wie gezeigt werden wird, bisher nur im Zusammenhang mit einem Lieferungsvertrag, d. h. einen Kaufvertrag, erfolgt.[1])

Um zunächst zu einer Definition des Sukzessivwerkvertrages zu kommen, zerlegt man den Sukzessivwerkvertrag am praktischsten in seine beiden Bestandteile: den Werkvertrag und das Sukzessive seiner Erfüllung.

Die Kennzeichnung der typischer Merkmale des Werkvertrages als solchen geschieht am zweckmäßigsten dadurch, daß man den Werkvertrag — soweit es der Rahmen der vorliegenden Arbeit gestattet — in Gegensatz stellt zu der ihm ähnlichsten Vertragsart, dem Dienstvertrag. Durch eine derartige Gegenüberstellung treten die im einzelnen vielfach nicht unbestrittenen Kennzeichen des Werktages mehr hervor, als es bei einer bloßen Aufzählung der Besonderheiten dieser Vertragsart möglich wäre.

§ 2. Das Eigentümliche des Werkvertrages, insbesondere im Gegensatz zum Dienstvertrag.

A. Die vertretenen Ansichten und deren Kritik.

Wenn Lotmar[2]) als einen den Dienstvertrag und Werkvertrag umfassenden Begriff den Begriff des Arbeitsvertrages geprägt hat, d. h. eines gegenseitigen, obligatorschen Vertrages, in welchem die Vertragschließenden die Leistung von Arbeit durch den einen und die Leistung von Entgelt durch den anderen vereinbaren, so hat er hiermit zweifellos Recht. Daß Arbeit und Entgelt den gemein-

[1]) Daß von anderen Autoren übernommene, im folgenden hier zitierte Beispiele den Unterschied zwischen Werklieferungs- und Werkvertrag nicht immee streng innehalten, möge an der grundsätzlichen Unterscheidung nichts ändern.

[2]) Vgl. Lotmar a. a. O. Bd. I. S. 32 ff.

samen, wesentlichen Inhalt beider Vertragstypen ausmachen, wird denn auch, soweit ersichtlich, von niemand bestritten.

Umso streitiger ist jedoch die Frage, worin das Unterscheidende zwischen Werkvertrag und Dienstvertrag zu sehen ist.

Das Problem, den Unterschied zwischen beiden Vertragsarten zu finden, hat man auf die verschiedenste Weise zu lösen versucht.

Ein vielfach hervortretender Gedanke ist der, das Unterscheidende beider Vertragsarten aus den Rechtsfolgen, wie sie das Gesetz vorsieht, herzuleiten. Hier ist es insbesondere das Moment der Gefahrtragung, das vielfach als Unterscheidungsmerkmal angeführt wird.[1])

Als Beweismittel für diese Ansicht wird angeführt, daß nach gesetzlicher Vorschrift beim Dienstvertrag die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung grundsätzlich der Arbeitgeber trägt, während der Werkunternehmer bis zur Abnahme des Werkes prinzipiell auf seine eigene Gefahr arbeitet, es sei denn, daß es sich um den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung des von dem Besteller gelieferten Stoffes handelt (vgl. § 711 BGB.).

Der Auffassung, daß in der Verteilung der Gefahr das Kriterium liegt, ist nicht beizutreten.

Zunächst: die erwähnte Theorie will das Unterscheidungsmerkmal aus den im Gesetz vorgesehenen Rechtsfolgen herleiten. Dies ist nicht möglich, denn man kann nicht Rechtsfolgen aus einem Vertrage herleiten, dessen eigentliche Rechtsnatur selbst überhaupt noch nicht feststeht. Nicht aus den Rechtswirkungen folgt die Vertragsart, sondern umgekehrt: aus dem jeweiligen Vertragstypus sind die Rechtsfolgen herzuleiten. Erst die gewonnene Überzeugung, daß ein bestimmtes Vertragsverhältnis vorliegt, darf den Richter veranlassen, bestimmte gesetzlich festgelegte Rechtsfolgen als notwendig eingetreten anzusehen.[2])

Ferner: Auf Grund der im Recht prinzipiell herrschenden Vertragsfreiheit können die Vertragsteile durch Vereinbarung einzelne Gefahren, die den vertragsmäßigen Erfolg der Arbeit bedrohen, besonders regeln. Werden auf diese Weise gerade die wichtigsten Gefahren ausgeschlossen, dann wird — das leuchtet ohne weiteres ein — die verschiedene Gefahrverteilung als Unterscheidungsmerkmal versagen.[3])

Schließlich: es ist die Möglichkeit denkbar, daß das Merkmal der Gefahrtragung in manchen Fällen versagt, weil die Arbeit so geartet ist, daß mit einer an Sicherheit grenzenden Wahrscheinlichkeit der

---

[1]) Vgl. Riezler, a. a. O. S. 13 f.; Martius a. a. O. S. 18; Oertmann BGB. Vorbem. 1b zu § 611; ferner R. G. 72, S. 28.

2) Vgl. hierzu Rücker, S. 21 ff.

3) Vgl. Martius v. a. O. S. 27; Molitor, S. 38/39, dort auch Einzelheiten.

Eintritt des von dem Gläubiger erstrebten Erfolges erwartet werden kann, die Gefahr also nur sehr gering ist, so daß sie kaum in Erscheinung tritt.[1])

Somit kann das Moment der Gefahrtragung als Unterscheidungsmerkmal nicht gewertet werden.[2])

Nach anderer, in Deutschland nur gelegentlich aufgetauchter Ansicht[3]) beruht das für die Unterscheidung von Dienstvertrag und Werkvertrag entscheidende Moment auf dem Kriterium, ob oder in welchem Maße der Gläubiger, d. h. der Dienstberechtigte oder der Besteller, eine Leistungsbefugnis bezüglich der Art der Tilgung der Schuld hat.

Man geht hierbei von dem Gedanken aus, daß es beim Werkvertrag dem Besteller gleichgültig sein kann, *wie* der Erfolg herbeigeführt wird; denn wenn der Schuldner den vertragsmäßigen Erfolg herbeiführt, dann ist er seiner Verpflichtung nachgekommen, mag er seine Arbeit auch ganz anders eingerichtet haben, als der Gläubiger es wollte. Höchstens auf den Erfolg selbst, nicht jedoch auf die ihn herbeiführende Arbeit könne sich das Leistungsrecht des Gläubigers beziehen. — Anders beim Dienstvertrag: hier habe der Gläubiger zum mindesten in genere eine Leistungsbefugnis hinsichtlich der Tätigkeit selbst gegenüber dem Dienstverpflichteten.

Dies Unterscheidungsmerkmal versagt jedoch nicht selten. Denn vielfach wird eine etwa für die Erfolgsherbeiführung notwendige Leitungsbefugnis auch zugleich mittelbar in erheblichem Umfange die Arbeit selbst betreffen. Und weiterhin: Aus der Tatsache, daß die Leistung des Schuldners beim Tätigkeitsvertrag nur der Art nach bestimmt ist, ergibt sich noch keineswegs, daß die nähere Bestimmung stets vom Gläubiger ausgehen muß, im Gegenteil: sehr häufig wird eine solche Leitungsbefugnis des Gläubigers nicht gegeben, sondern dieselbe dem Schuldner vorbehalten sein.[4]) Auch wurde in der zweiten Kommission zur Beratung des BGB. ausdrücklich hervorgehoben, daß das Fehlen einer Leitungsbefugnis des Gläubigers weder der Annahme eines Dienst- noch eines Werkvertrages entgegenstände.[5]) Die *Möglichkeit* einer Leistungsbefugnis des Gläubigers hinsichtlich der Tätigkeit auch beim Werkvertrag hat der Gesetzgeber jedoch ausdrück-

[1]) Vgl. Rümelin S. 9 f., Molitor S. 37 f.

[2]) Gegen das Merkmal der Gefahrtragung u. a. Rümelin S. 5 ff, S. 16ff, S. 303 ff. Dernburg 2,2 S. 171, 529, Hoeniger a. a. O. S. XXI, Molitor S. 37 ff.

[3]) Vgl. die bei Molitor a. a. O. S. 24 Anm. 6 u. 7 zitierten Autoren und Entscheidungen.

[4]) Vgl. Molitor S. 43/44 und dort angeführte Beispiele.

[5]) Vgl. Prot. z. BGB. S. 2142.

lich zugegeben, indem er im § 615 BGB. von „für die Ausführung erteilten Anweisungen" spricht.

Das Gesagte mag genügen, um darzutun, daß bei beiden zur Rede stehenden Vertragsarten eine Teilung der Leistungsbefugnis - zugunsten des Gläubigers oder zugunsten des Schuldners - möglich ist. Hieraus ergibt sich, daß dies Merkmal wenig brauchbar für die Unterscheidung von Dienst- und Werkvertrag ist.[1])

Auch die Art der Lohnberechnung dahingehend, ob der Lohn nach der Dauer der Arbeit oder nach dem mit der Arbeit bezweckten Erfolg zu vergüten ist,[2]) kann ein für alle Fälle sicheres Kriterium nicht sein.

Während zwar beim Werkvertrag die Lohnberechnung nach dem Erfolge die allein mögliche ist, können beim Dienstvertrage beide Lohnberechnungsarten vorkommen. Mit anderen Worten: ist der Lohn nach dem Erfolge vereinbart, was gemäß § 623 BGB., der von einer „nicht nach Zeitabschnitten bemessenen Vergütung" spricht, auch beim Dienstvertrag durchaus möglich ist, so ist nach dieser Theorie eine Unterscheidung ausgeschlossen. Sie wird aber vielfach auch schon dann versagen, wenn unter Beibehaltung des Unterschieds von Entlohnung nach Zeit oder Erfolg wegen der Kürze der aufgewendeten Zeit der Erfolg unmittelbar nach Beginn der Arbeit eintritt, so daß wiederum das Merkmal des Erfolges, das für beide Vertragsarten spricht, gegeben wäre.[3])

Praktisch wird demnach auch dieses Unterscheidungsmerkmal sehr häufig nicht zum Ziele führen.

Schließlich sei noch ein weiteres Merkmal erwähnt, von dem versucht ist, die Entscheidung abhängig zu machen: das Moment der persönlichen bezw. nichtpersönlichen Erfüllung. D. h.: beim Erfolgsvertrag kommt es lediglich auf das Ergebnis an, es ist im allgemeinen gleichgültig, ob der Schuldner die Arbeit selbst leistet oder nicht. Beim Dienstvertrag dagegen wird es grundsätzlich auf die Arbeitskraft des die Arbeit Leistenden ankommen, weil die Bewirkung der Arbeit selbst geschuldet wird, auf deren gewünschten Verlauf der Gläubiger gerade durch die Auswahl des Schuldners den wirksamsten Einfluß hat.

[1]) Auch das Unterscheidungsmerkmal an dem Begriff eines „selbständigen Unternehmens" im Gesamtprozeß der Volkswirtschaft zu knüpfen, geht nicht an, da für den Begriff des „Unternehmens" nicht allgemeine, sondern konkrete Verhältnisse bestimmend sind, eine für alle passende Norm sich somit nicht aufstellen läßt (dies mit Rümelin S. 39 u. Rücker S. 27 f, gegen Stadthagen S. 100, Sigel S. 6 f, Bail 2, S. 16 f, Hachenburg S. 42 f).

[2]) Vgl. betr. der diesbezügl. Ansichten und ihrer Vertreter die Übersicht bei Wölbling a. a. O. S. 32 ff.

[3]) Vgl. hierzu Rücker a. a. O. S. 25.

Trotzdem sind von diesen Grundsätzen zahlreiche Ausnahmen gegeben. Einerseits wird es vielfach dem Gläubiger auch beim Dienstvertrag gleichgültig sein, wer die Arbeit verrichtet, was insbesondere dann der Fall ist, wenn es sich um Arbeit handelt, die auch ungelernte Arbeiter verrichten können[1]), andererseits gibt es Fälle, bei welchen auch der Gläubiger eines Werkvertrages darauf ein Recht hat, die Leistung von keinem anderen als der Person des Schuldners erbracht zu haben. Man denke beispielsweise an Verträge, die auf einen künstlerischen oder wissenschaftlichen Erfolg gerichtet sind.

So ist letzten Endes auch das Erfordernis einer persönlichen Leistung kein sicheres Zeichen für das Vorliegen eines Dienstvertrages, und umgekehrt: der Werkvertrag kann sehr wohl mit der Person des Schuldners aufs engste verknüpft sein.[2]) [3])

B. Eigene Stellungnahme.

Wir sehen somit, daß keine der angeführten Ansichten zum Ziele führt, ein zuverlässiges Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienstvertrag und Werkvertrag und damit zugleich das typische Kennzeichen des Werkvertrages zu finden.

Wir wählen deshalb einen anderen Weg, der auf folgenden Erwägungen beruht.

Jede Arbeit, mag sie vorwiegend geistig oder vorwiegend körperlich[4]) sein, führt einen Arbeitserfolg, ein Ergebnis herbei. Dieses Ergebnis tritt allerdings nach außen mehr oder minder, vielfach auch überhaupt nicht in Erscheinung.

Nach außen überhaupt nicht hervor tritt der Erfolg der Tätigkeit des Nachdenkens z. B. bei dem nur gedachten, nicht aber ausgesprochenen Gedanken. Doch auch hier ist ein Arbeitserfolg vorhanden: er liegt eben schon in dem durch das Nachdenken erzeugten Gedanken selbst, der mehr oder minder lange im Gedächtnis haften bleibt, wodurch somit der Erfolg mehr oder minder lange anhält.

---

[1]) Schuldet der Schuldner nur die Arbeit Dritter, so wird regelmäßig ein sog. Dienstverschaffungsvertrag vorliegen. Vgl. hierzu Molitor bei Molitor — Hueck — Nipperdey, „Der Arbeitsvertrag" S. 58 ff.

[2]) Vgl. hierzu Molitor a. a. O. 55 ff.

[3]) Damit sind die hauptsächlichsten Ansichten, die sich grundsätzlich gegenüberstehen, in großen Zügen im Rahmen dieser Abhandlung dargestellt und kritisiert. Über ein etwa in Frage kommendes Unterscheidungsmerkmal nach der Leistungsdauer vgl. S. 20 f der Abhandlung. Vgl. ferner hierzu noch Lotmar, II, 10. Abschn. S. 820ff.

[4]) Eine Gegenüberstellung von geistiger und körperlicher Arbeit ist nicht möglich, da beide von einander abhängig sind. Vgl. Molitor a. a. O. S. 8.

Oder: Mehrere Arbeiter bemühen sich, einen schweren Stein zu heben und weiter zu befördern. Sie heben ihn nur kurz auf, merken, daß er zu schwer ist, und lassen ihn dann wieder fallen.

Hier ist der Erfolg äußerlich nur wenig in Erscheinung getreten. Aber ein Erfolg ist auch hier gegeben: er besteht darin, daß der Stein einen — wenn auch nur kurzen — Augenblick gehoben war und zwar auf Grund der Tätigkeit der Arbeiter.

Ferner: eine Wäschefabrik hat Näherinnen angestellt zwecks Anfertigung von Hemden. Das Ergebnis ihrer Tätigkeit wird zum mindesten sein, daß das Leinen zugeschnitten und genäht wird.

Schließlich: ein kaufmännischer Hilfsarbeiter ist zum Rechnen angestellt. Seine Tätigkeit wird zum mindesten ergeben, daß er Zahlen aufschreibt.[1])

Diese Beispiele genügen, um die Richtigkeit der anfangs aufgestellten Theorie zu beweisen, daß jede Tätigkeit, mag sie auch noch so gering sein oder auch noch so wenig in Erscheinung treten, ein Ergebnis, einen Erfolg zeitigt. Tätigkeit ist somit stets Arbeit, die nicht um ihrer selbst willen, sondern zur Erreichung eines über die bloße Arbeit hinausgehenden Zwecks ausgeübt wird.

Man fragt sich nun: wenn schon Tätigkeit schlechthin einen Erfolg nach sich zieht, worin liegt dann noch der Unterschied zwischen dem bloßen durch die Tätigkeit schlechthin erzeugten Erfolg und dem Werkvertragserfolg?

Die vorerwähnten Beispiele haben ein gemeinsames Merkmal: die jeweilige Arbeit hat nur den allernotwenigsten Erfolg, wie er in jedem Fall bei einem Tätigwerden unbedingt eintreten muß, nichts weiter herbeigeführt. Der nur gedachte Gedanke ist nicht durch Wort oder Schrift verbreitet, der Stein ist nicht zum Bauplatz transportiert, von den Näherinnen steht nicht fest, ob sie tatsächlich etwas angefertigt haben, was den Namen Hemd verdient, und der Hilfsarbeiter hat zwar Papier beschrieben, aber es ist nicht gesagt, daß er dadurch eine kaufmännisch wertvolle Berechnung geliefert hat.

Und damit ist das Unterscheidungsmerkmal gefunden: auf der einen Seite der in der Tätigkeit selbst liegende, durch sie bedingte, auf der anderen ein hierüber hinausgehender, weiterer Erfolg. Damit ist zugleich der Beweis erbracht, daß jene im Anschluß an eine Äußerung der Motive zum ersten Entwurf des BGB. aufgestellte, allgemein verbreitete Ansicht, nach welcher der Dienstvertrag auf „Arbeit

[1]) Die beiden letzten Beispiele nach Monitor S. 19, 29.

als solche", der Werkvertrag auf einen „Arbeitserfolg" geht, insofern unzureichend ist, als auch beim Dienstvertrag ein Erfolg, wenn auch nur mittelbar durch die Tätigkeit, geschuldet wird. Es ist somit nachgewiesen, daß das Moment, ob ein „Werk" oder ein „Wirken" [1]) geschuldet wird, nur schlagwortartig die Unterscheidungsmerkmale zwischen Werk- und Dienstvertrag bezeichnet, ohne die Folgen, die sich aus einer solchen Definition des Dienstvertrages ergeben, zu berücksichtigen, Folgen, die darauf beruhen, daß auch dem Dienstvertrag ein Erfolg als notwendiges Ergebnis der Tätigkeit innewohnt und somit notwendigerweise ein Werkvertrag nur dann vorliegt, wenn ein hierüber hinausgehender, weiterer Erfolg Gegenstand des Vertrages ist.[2]) Hierbei kommt es nicht darauf an, ob der Erfolg leicht oder schwer, sicher oder unsicher zu erreichen ist, sondern darauf, daß überhaupt ein über das Tätigwerden hinausgehender Erfolg versprochen wird. Ob dieser weitere Erfolg tatsächlich Gegenstand des Vertrages ist, wird sich allernur von Fall zu Fall entscheiden lassen.

So wird z. B. regelmäßig in dem zwischen Lehrer und Schüler auf Erteilung von Unterricht abgeschlossenen Vertrage ein Dienstvertrag liegen, da hier durchweg nichts weiter als der durch die Erteilung des Unterrichts eo ipso eintretende Erfolg einer je nach der Begabung mehr oder minder leichten Aufnahme seitens des Schülers Gegenstand des Vertrages ist. Anders jedoch, wenn der Lehrer sich verpflichtet, den Schüler derart einzupauken, daß er sein Examen unter normalen Verhältnissen auf jeden Fall bestehen muß, der Lehrer für diesen Erfolg also garantiert. Hier ist ein weiterer, über den gewöhnlichen, in der Tätigkeit selbst liegenden Erfolg hinausgehender Erfolg Vertragsobjekt, es liegt somit nicht mehr ein bloßer Dienstvertrag, sondern bereits ein Werkvertrag vor.

Wir fassen demnach zusammen: zur Feststellung des Unterschieds zwischen Dienst- und Werkvertrag muß man unterscheiden zwischen dem Erfolg, der in der Arbeit selbst liegt und daher auch notwendig den Gegenstand des auf Arbeit gerichteten Vertrages bildet, und dem weiterbezweckten Erfolg, der nicht notwendig einzutreten braucht, der aber auch zum Gegenstand des Vertrages gemacht werden kann.

Auf Grund dieses Ergebnisses definieren wir den für unsere Aufgabe benötigten Begriff des Werkvertrages dahin:

[1]) Dieser Ausdruck nach O. v. Gierke, Deutsches Privatrecht, 3. S. 591 ff.

[2]) Dadurch wird der Werkvertrag jedoch nicht zu einer Abart des Dienstvertrages. Vgl. Motitor S. 35 oben. Möglich ist jedoch auch ein Dienstvertrag verbunden mit einem bedingten Werkvertrag oder, wie Motitor sagt: Tätigkeitsvertrag verbunden mit bedingtem Erfolgsvertrag Vgl. Motitor a. a. O. S. 33 o.

Werkvertrag ist gegeben, wenn ein über den bloßen Tätigkeitserfolg hinausgehender, weiterer Erfolg geschuldet wird.

§ 3. Der Begriff eines sukzessiven Vertrages.

A. Der Begriff des Sukzessiven überhaupt.

Nachdem somit im vorhergehenden Abschnitt eine Definition des Werkvertrages an sich erfolgt ist, ist nunmehr noch das Moment des Sukzessiven überhaupt und in Verbindung mit dem Werkvertrag zu erläutern.

Sukzessiv heißt stufenweise.[1]) Ein Sukzessivvertrag liegt also vor, wenn die Erfüllung in zeitlich voneinander getrennten[2]) Raten zu erfolgen hat.

Dadurch unterscheidet sich ein Vertrag auf sukzessive Erfüllung einerseits von einer Mehrheit einzelner Verträge. Eine solche liegt vor, wenn jeder einzelnen Lieferung ein einzelner, von den übrigen Lieferungen unabhängiger und mit ihnen in keinerlei Zusammenhang stehender Vertragsabschluß voraufgeht. Bei einem Sukzessivvertrage dagegen einigen sich die Parteien in einem Vertrage über die zu liefernde Sache und das Äquivalent und vereinbaren, daß der geschuldete Gegenstand nicht auf einmal im ganzen, sondern in einzelnen Teilen zu liefern ist.

Kein Sukzessivvertrag, sondern eine Mehrheit von Verträgen ist deshalb gegeben, wenn ich jeden Morgen zu meinem Bäcker gehe und mir Brötchen kaufe; wohl aber, wenn ich am 1. des Monats mit dem Bäcker vereinbare, er solle mir jeden Morgen besonders leicht verdauliche Brötchen, wie ich sie krankheitshalber benötige, herstellen und liefern.

Nicht zu verwechseln ist ferner der Sukzessivvertrag mit den sog. Abschlagszahlungsgeschäften. Während nämlich bei den letztgenannten Verträgen das Unvermögen des Schuldners maßgebend für den Vertragsabschluß ist, ist es bei den Sukzessivverträgen das Bedürfnis des Gläubigers.[3]) Die zeitliche Trennung der Leistungen ist bei den Sukzessivverträgen wesentlich, Geschäftszweck, bei den Abschlagszahlungsgeschäften nur erleichternde Modalität. Sukzessivvertrag liegt immer

[1]) Über die geschichtliche Entwicklung von Sukzessivverträgen vgl. Caesar, a. a. O. S. 525 ff.

[2]) Die Leistungen müssen zeitlich voneinander getrennt sein. Bei z. B. örtlicher Trennung würde kein Sukzessivvertrag vorliegen. Vgl. Esser a. a. O. S. 7, Gruppen § 2 S. 16.

[3]) Vgl. Hesse a. a. O. S. 2.

nur dann vor, wenn aus der Parteivereinbarung hervorgeht, daß die Rate ein in sich geschlossenes Erfüllungsmoment des Gesamtvertrages darstellen soll,[1]) wobei es gleichgültig ist, ob das Äquivalent für die einzelne Rate wenigstens bestimmbar oder absonderbar ist,[2]) ob für sie abgesonderte Befriedigung erfolgt oder nicht.[3])

Schließlich sind Sukzessivverträge nicht den sog. Dauerverträgen des BGB. wie Miete, Pacht, Dienstvertrag ꝛc. gleichzustellen, wie es auf den ersten Blick hin scheinen mag. Beide Vertragsarten haben zwar gemeinsam, daß die Leistung sich auf einen längeren Zeitraum erstreckt. Während bei Dauergeschäften jedoch die Verpflichtung (z. B. des Vermieters) eine fortwährend bestehende, dauernde ist, zerfällt sie beim Sukzessivvertrag in einzelne, in sich selbständige, durch zeitliche Zwischenräume voneinander getrennte Leistungen. Sukzessivverträge und Dauerverträge sind demnach etwas Verschiedenes; sie müssen infolgedessen auch von verschiedenen rechtlichen Gesichtspunkten aus betrachtet werden.[4])

Und damit kommen wir auf die rechtliche Konstruktion des Sukzessivvertrages selbst.

Das Eigentümliche dieser Vertragsart liegt, wie schon oben erwähnt, darin, daß die Erfüllung sich nicht in einer einmaligen Leistung vollzieht, sondern daß die Erfüllung vielmehr in eine Reihe von aufeinander folgenden Teilerfüllungsakten zerfällt. Eigentümlich ist dieser Vertragstype ferner die große Selbständigkeit des einzelnen Teilerfüllungsaktes im Verhältnis zu den übrigen.

Mangels einer gesetzlichen Regelung dieser Sukzessivverträge, hat man sie rechtlich auf verschiedene Weise zu erklären versucht.

Ein Kreis von Ansichten faßt die erste Bindung der Parteien, durch welche erstmalig eine Vereinbarung über die künftige Art der Leistung getroffen wird, als einen Vorvertrag über die künftigen Leistungen auf.[5])

Vorvertrag, pactum de contrahando, ist ein Vertrag, durch den die Verpflichtung zum Abschluß eines anderen obligatorischen Vertrages

---

[1]) Vgl. Kuvuik a. a. O. § 1. Es handelt sich bei der Einzelleistung jedoch nicht um eine Teilleistung schlechthin im Sinne des § 266 BGB., da die Sukzessivleistung ein *selbständiger* Erfüllungsakt ist. Vgl. Müller a. a. O., S. 510. Die durch den Zweck vereinigte Masse ist ferner etwas anderes als bloße Summe der einzelnen Teile. Vgl. Definition bei Winter a. a. O., S. 194.

[2]) Vgl. Gruppen a, a. O. § 2 Ziff. 3 u. dort Zitierte.

[3]) Vgl. Hirsch § 2, Engelke § 4.

[4]) Dies mit der Mehrzahl der Autoren; a. A. insbes. Müller-Erzbach a. a. O. S. 1158 ff, ihm folgend Zander S. 16, Gekeler S. 10, neuerdings Scheidt a. a. O. scheinbar auch Molitor S. 18 ff. Zu letzterem vgl. S. 21 ff. d. Abhandl.

[5]) So insbes. Paesch a. a. O. S. 151 Anm 5.

(des Hauptvertrages) übernommen wird.[1]) Auf den Sukzessivvertrag angewendet würde dies bedeuten, daß sich die erste Bindung der Parteien als ein Vertrag darstellt, durch den die Verpflichtung zum Abschluß mehrerer anderer obligatorischer Verträge (Hauptverträge) eingegangen wird.

Ist dies der Sinn der ersten Vereinbarung? Doch wohl keineswegs! Vielmehr gehen die übereinstimmenden Willensäußerungen dahin, eine direkte, unmittelbare Bindung bezüglich der einzelnen Leistungen einzugehen und nicht, wie dies beim Vorliegen eines Vorvertrages der Fall wäre, lediglich eine indirekte, mittelbare Verpflichtung zur Tätigung von Verträgen über die Einzelleistungen zu übernehmen. Die Einzelverträge sind durch die erste Übereinkunft in complexu bereits abgeschlossen, nur ihre Durchführung im einzelnen hat noch nicht eine definitive Erledigung gefunden. Das Essentiale, der Typus des ganzen Vertrages, wird bereits bei der ersten Vereinbarung ausgemacht. Damit ist über das Wesen entschieden und nur die Einzeldurchführung besonderen Umständen überlassen. Bei der ersten Vereinbarung ruht also das Schwergewicht. Die erste Bindung ist der Hauptvertrag, nicht umgekehrt, wie es der Fall wäre, wenn man in ihr einen Vorvertrag sehen wollte, der die Natur eines Nebenvertrages hat.[2])

Was nun die Einzelleistungen selbst anbetrifft, so kann ihr Umfang von vornherein festgelegt werden, wie es regelmäßig geschehen wird. Dann sind irgendwelche späteren Festsetzungen überflüssig. Anders jedoch, wenn Umfang oder Zeit derselben noch nicht vorher bestimmt sind. Dann können verschiedene Umstände für die Bestimmung maßgebend sein. Z. B. kann die Bestimmung einer erneuten jedesmaligen Übereinkunft überlassen bleiben,[3]) sie kann in das einseitige Belieben des einen Teils gestellt werden, was man als „Abruf" bezeichnet, es kann der Geschäftsgebrauch maßgebend sein (wie bei Saisonartikeln), oder es kann sich durch fortlaufende Geschäftsverbindung ein bestimmter Brauch entwickelt haben.[4])

---

[1]) Vgl. Enneccerus, I,1 § 153, IV.

[2]) Vgl. hierzu Staudinger I, S. 612 Anm. 9: „Der Sukzessivlieferungsvertrag ist ein gegenseitiger Kauf- oder Werklieferungsvertrag, der zur Abnahme und Bezahlung bestimmter, oder wenigstens bestimmbarer Gegenstände unmittelbar verpflichtet, auf Grund des Vorvertrages dagegen sollen erst Lieferungsverträge abgeschlossen werden." Vgl. ferner R. G. 78, S. 378; Hueck a. a. O. S. 8 ff.

[3]) Dafür, daß der Hauptvertrag stets auf unmittelbare Lieferung gehen muß, mithin eine spätere, gegenseitige Vereinbarung über Einzelheiten der sukzessiven Durchführung ausgeschlossen ist, besteht m. E. kein Grund. A. M. Hesse § 1 S. 2 f.

[4]) Auch Verträge ohne jegliche Vereinbarung der Dauer oder der Anzahl der Lieferungen kommen nicht selten vor. Beispiel: Der Stadtbewohner vereinbart mit dem Bauer der Umgegend, der jeden Morgen mit seinem Milchwagen zur Stadt

Dadurch, daß die Bestimmung der Einzelleistung in das Belieben einer Partei gestellt werden kann, ähnelt der Sukzessivvertrag dem Spezifikationskauf des HGB. Die auf letztere Vertragsart bezügliche Bestimmung lautet im § 375 HGB.: „Ist bei dem Kauf einer beweglichen Sache dem Käufer die nähere Bestimmung über Form, Maß oder ähnliche Verhältnisse vorbehalten, so ist der Käufer verpflichtet, die vorbehaltene Bestimmung zu treffen."

Trotz dieser auf den ersten Blick bestehenden, scheinbaren großen Ähnlichkeit unterscheiden sich beide Vertragstypen doch in einem Kernpunkt: bei einem Sukzessivvertrag richtet sich die im einzelnen zu treffende Bestimmung, soweit erforderlich, in erster Linie auf die Quantität und erst dann, wenn es noch nötig ist, auf die Qualität; bei einem Spezifikationskauf steht die Quantität ohne weiteres fest, nur die Qualität muß auf jeden Fall bestimmt werden.[1])

Nach der Abgrenzung von ähnlichen Verträgen ist somit über den Begriff des Sukzessivvertrages überhaupt zusammenfassend zu bemerken: ein Sukzessivvertrag besteht aus zwei Teilen: einem alle Leistungen umfassenden Vertrag, nennen wir ihn kurz Rahmenvertrag, und den mehr oder minder häufigen Einzelleistungen selbst. Es ergibt sich somit, daß die zu Anfang dieses Abschnitts aufgestellte Behauptung, nach welcher ein Sukzessivvertrag dann vorliegt, wenn die Erfüllung in zeitlich voneinander getrennten Raten zu erfolgen hat, richtig ist.

B. Das sukzessive Moment in seiner Wirkung auf den Werkvertrag.

Ist nun eine derart sukzessive Erfüllung auch beim Werkvertrag möglich?

Als erster und bisher einziger Autor hat Molitor[2]) das Problem eines Sukzessivwerkvertrages aufgeworfen.[3])

Er hält die Möglichkeit eines Sukzessivwerkvertrages für gegeben. Bei der im Deutschen Recht herrschenden Vertragsfreiheit könne man einen Sukzessivwerkvertrag — er nennt ihn Sukzessiver-

fährt, die tägliche Lieferung eines gewissen Quantums Milch oder anderer landwirtschaftlicher Produkte, ohne daß — der regelmäßige Fall — eine bestimmte Dauer des Vertrages vereinbart wird.

Oder umgekehrt: es wird zunächst eine Minimaldauer der Sukzessivlieferung vereinbart und, falls keine Lösung seitens einer Partei erfolgt, der Vertrag auf unbestimmte Zeit fortgesetzt.

[1]) Pohl, S. 28/29; Zander S. 15/16.

[2]) Molitor S. 49 ff, S. 70, S. 90.

[3]) Weiterhin erwähnen den Sukzessivwerkvertrag, ohne näher auf ihn einzugehen: Caesar a. a. O. S. 33, Scheidt S. 38 Anm. 1, Steinki § 3.

folgsvertrag — ebenso gut abschließen wie einen Sukzessivkaufvertrag. Ein solcher Sukzessivwerkvertrag nähere sich aber durch die stetige Verpflichtung, Erfolge herbeizuführen, derart dem Dienstvertrag, daß er vielfach nicht von ihm zu unterscheiden wäre. Dies käme insbesondere auch daher, daß durch die Dauer des Vertragsverhältnisses etwas wie eine Leitungsbefugnis des Gläubigers entstände, die sich an sich zwar nur auf den Erfolg als solchen, vielfach mittelbar jedoch dadurch auch auf die Tätigkeit selbst auswirke. Wenn nun auch gar das Unterscheidungsmerkmal der Gefahrtragung versage, dann wäre eine Unterscheidung überhaupt kaum noch möglich.

Im übrigen seien auf einen Sukzessivwerkvertrag die Vorschriften über Dauerverträge wie Miet-, Dienst- und Gesellschaftsvertrag anzuwenden. Denn wohne schon dem Einzelwerkvertrag nach BGB. eine Dauernatur inne, so käme dieselbe bei einem solchen, sukzessiv abgeschlossenen Vertrag vollends zur Geltung. Die entsprechende Anwendung der genannten Vorschriften bewirke jedoch wiederum eine Erschwerung der Unterscheidung des Werkvertrages vom Dienstvertrag.[1])

Hierzu ist zu bemerken: Es mag zugegeben werden, daß in vielen Fällen eine Unterscheidung von Sukzessivwerkvertrag und Dienstvertrag, insbesondere beim Vorliegen der oben geschilderten Momente, schwierig ist. Es wird eben auch hier wie allgemein nur das Kriterium entscheidend wirken, ob im einzelnen Falle noch die über den Tätigkeitserfolg hinausgehenden Erfolge oder lediglich das in der Tätigkeit selbst liegende Gesamtergebnis geschuldet wird. Aus der vielfach vorhandenen Schwierigkeit der Unterscheidung jedoch eine entsprechende Gleichstellung von Sukzessivwerkvertrag und Dienstvertrag in abstracto herzuleiten, geht nicht an. Es sind zahlreiche Fälle denkbar, in denen eine Einwirkung des Gläubigers schon auf die Einzelerfolge und damit vollends auf die Einzeltätigkeiten derart gering ist, daß man ohne Schwierigkeit den Unterschied feststellen kann. Ich erinnere beispielsweise an die täglich vorkommenden Fälle innerhalb der Industrie, bei denen die eine Fabrik mit einem anderen Werk Verträge abschließt, nach denen aus von ersterer zu lieferndem Material Fertigfabrikate serienweise herzustellen sind, wobei es sich um derart bekannte Fabrikate handelt, daß selbst der gewünschte Erfolg nur dem Namen nach angedeutet zu werden braucht. Ich denke ferner an die zahlreichen Möglichkeiten von Abonnementsverträgen, insbesondere an den Fall, daß die Reichsbahn Monats- bezw. Wochenkarten zur Beförderung auf bestimmten Strecken, beispielsweise zur Beförderung von größeren

[1]) Molitor S. 70.

Städten zu in ihrer Nähe gelegenen Badeorten und zurück ausgibt, wobei zu bemerken ist, daß Transportverträge nach allgemeiner Ansicht durchweg Werkverträge sind.

Oder: Ein Hausbesitzer schließt mit einem Malermeister einen Vertrag über den Doppelanstrich seines Hauses: „Erster Ölanstrich zum Herbst, zweiter Farbenanstrich zum Frühjahr."[1])

Schließlich: ein Urteil aus der Praxis, das einzige, welches eine Sukzessivwerkvertrag behandelt:[2])

„Die Klägerin schloß mit Berliner Hausbesitzern Verträge, inhalts deren ihr diese die staubfreie Abfuhr des Hausmülls von ihren Grundstücken gegen Kündigung und gegen eine für die Abfuhr der Kästen in Vierteljahresbeiträgen zu zahlende Vergütung, die auch die leihweise Lieferung von Kästen umfaßt, übertrugen. — — — — —

Aus den Gründen:

— — — — — Nach der rechtlich nicht zu beanstandenden Auslegung des Berufungsrichters handelt es sich bei den Verträgen, wofür die Klägerin Stempelfreiheit in Anspruch nimmt, um Werkverträge. Die Klägerin verpflichtet sich gegenüber den einzelnen Hausbesitzern zur staubfreien Abfuhr des Hausmülls in von ihr zu beschaffenden Kasten gegen ein gewisses Entgelt. Als Gegenstand des Vertrages kann ohne Rechtsirrtum nicht sowohl die Arbeitsleistung, als vielmehr der durch sie herbeizuführende Erfolg angesehen werden, der darin besteht, daß die in Betracht kommenden Grundstücke von den unter dem Namen „Müll" zusammengefaßten Stoffen in besonders gearteten Gefäßen, die die Entwicklung von Staub verhindern, befreit werden. Die Hausbesitzer haben demgemäß keine von der Klägerin in Person oder durch Gehilfen zu leistende Dienste oder Arbeiten zu verlangen; vielmehr steht ihnen die Klägerin als Unternehmerin gegenüber, die sich anheischig macht, mittels der von ihr zu beschaffenden Arbeitskräfte und Geräte ein bestimmtes Ergebnis, nämlich die die staubfreie Beseitigung des Hausmülls, herbeizuführen. — — — —"

Dies mag genügen, um darzutun, daß die Fälle, in denen ein Sukzessivwerkvertrag einem Dienstvertrag stark ähnelt, niemals verallgemeinert werden dürfen. Aber auch dann, wenn zunächst eine Ähnlichkeit vorhanden zu sein scheint, wird es der genauen Prüfung im Einzelfall nach dem von uns aufgestellten Grundsatz bedürfen, ob ein sukzessiv zu erfüllender Werkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt.[3])

[1]) Vgl. Scheidt, S. 38 Anm. 1.

[2]) R. G. 68, S. 75, Urteil v. 3. März 1908.

[3]) Daß ein Sukzessivwerkvertrag sich andererseits, wenn das Moment der Tätigkeit gegenüber der tatsächlichen Lieferung völlig zurücktritt, bisweilen auch dem

Kommt man auf Grund einer solchen Prüfung wirklich zur Feststellung, daß ein Dienstvertrag gegeben ist, dann ist es selbstverständlich, daß auf diesen Vertrag die Vorschriften über den Dienstvertrag (§§ 611 ff, BGB.) schlechthin Anwendung finden. Dann ist eben der Gesamtvertrag ein Dienstvertrag und die Einzelleistungen Dienstleistungen. Daß dann die §§ 625 bezw. 629 ohne weiteres Anwendung, und zwar direkte Anwendung finden können, ist selbstverständlich.

Doch zurück zur weiteren Behauptung Molitors, man hätte es beim Vorliegen eines Sukzessivwerkvertrages mit einem Dauerschuldverhältnis zu tun. Das Dauerschuldverhältnis Dienstvertrag kommt nach dem Gesagten *direkt* grundsätzlich nicht zur Anwendung. Aber auch auf dem Wege, daß man sagt, wegen des sukzessiven Momentes erstrecke sich der Werkvertrag auf eine Dauer, er wäre infolgedessen analog den Dauerverträgen wie Miete, Pacht, Gesellschaft, Dienstvertrag usw. zu behandeln, kommt man nicht zum Ziel. Daß der Werkvertrag *als solcher* ein *Dauervertrag* ist, will doch wohl Molitor nicht im Ernst behaupten?[1]) Das hieße denn doch, den Bogen nach der Seite der Tätigkeit hin bedeutend überspannen.[2]) Denn dadurch würde der Erfolg beim Werkvertrag als einmaliges Moment Nebenfaktor und die Tätigkeit als Dauermoment Hauptfaktor. Worin dann noch ein Unterschied zwischen Tätigkeitsvertrag und Erfolgsvertrag liegt, bleibt unerfindlich. — Aber auch dem sukzessiv zu erfüllenden Werkvertrag analog den Dauerverträgen zu behandeln, geht nicht an. Denn, wie Molitor selbst ausführt,[3]) werden die „Höchstleistungen" von *Zeit zu Zeit* erbracht. Damit ist jedoch, wie schon oben[4]) erwähnt, ein Hauptmerkmal der Dauerverträge: die *ununterbrochene* Bewirkung von persönlichen oder Sachleistungen[5]) nicht erfüllt. Mithin haben wir es auch hier mit einem Rechtsgebilde

---

Sukzessivkaufvertrag über eine Gattungssache stark nähern kann, soll ebenfalls nicht bestritten werden. Dann liegt jedoch in keiner Beziehung ein den Dauerverträgen ähnlicher Vertrag vor, da Kauf als solcher niemals Dauervertrag ist und auch ein solcher, sukzessiv abgeschlossener Vertrag nach unserer Ansicht niemals den Dauerverträgen analog behandelt werden kann.

[1]) Vgl. Molitor, S. 48, 49, 70. „Die Dauernatur des Werkvertrages noch weit schärfer . . . . als im BGB." Molitor sagt jedoch selbst, daß die Dauerleistung der auf den Werkvertragserfolg gerichteten Tätigkeit je nach Lage des Falles mehr oder weniger hinter der Leistung des Erfolges zurücktritt, der meist als einmalige Leistung erscheint und das Schuldverhältnis auf einen bestimmten Erfüllungszeitpunkt hin konzentriert. Vgl. Molitor S. 49 o.

[2]) Vgl. Scheidt a. a. O. S. 38 Anm. 1.

[3]) Molitor S. 50 o.

[4]) oben S. 18.

[5]) Dieser Unterschied mit Scheidt, a. a. O.

zu tun, das, wie gezeigt werden wird, nach anderen Gesichtspunkten als nach denjenigen der Dauerverträge zu beurteilen ist. Weder die gemeinsame Tatsache einer längeren Vertragsdauer noch das gerade beim Werkvertrag so verlockende Moment der Kündigung, wie wir es bei Dauerverträgen haben, darf hierüber hinwegtäuschen.

Überhaupt ist es nicht angängig — das sei ein bereits hier ausgesprochener Grundsatz für unsere ganze Aufgabe — die aus der Zusammenfassung von Spezialnormen zu einem Sammelbegriff gewonenen Rechtsgrundsätze auf einen im Gesetz nicht geregelten Tatbestand anzuwenden, wenn auf denselben Gebiet allgemein-rechtliche Vorschriften bestehen. Dies umso weniger, wenn, wie vorliegendenfalls, die Sukzessivwerkverträge mit den Dauervermögen nur das eine gemeinsam haben, daß sie sich über einen längeren Zeitraum erstrecken.

Aus diesen Gründen heraus ist letzten Endes auch die Möglichkeit einer Verquickung von Sukzessivwerkvertrag und Dienstvertrag ausgeschlossen. Denn treten schon, wie noch näher gezeigt werden wird, die Vorschriften des Werkvertrages selbst gegenüber dem sukzessiven Moment völlig in den Hintergrund, so müssen es erst recht diejenigen eines nach anderen Gesichtspunkten, nämlich denjenigen einer fortlaufenden Dauer, durch Spezialnormen besonders geregelten Schuldverhältnisses. Man hat sich eben im einzelnen Fall zu entscheiden, ob lediglich Tätigkeitserfolg oder ein darüber hinausgehender, in sukzessiven Raten zu erbringender Erfolg geschuldet wird. In letzterem Fall sind bei Geltendmachung des sukzessiven Momentes lediglich die hierfür in Frage kommenden, allgemein-schuldrechtlichen Vorschriften und zwar diese ausschließlich anzuwenden.

Wir fassen zusammen: Bei einem Werkvertrage kann ebenso wie bei einem Kaufvertrag sukzessive Leistung bedungen werden. Ob ein Sukzessivwerkvertrag oder ein Dienstvertrag vorliegt, hängt, wie allgemein so auch hier, von dem von Fall zu Fall zu entscheidenden Umstand ab, ob lediglich die Tätigkeit mit dem in ihr liegenden Erfolg oder ein weiterer darüber hinausgehender Erfolg Vertragsgegenstand ist.

Grundsätzlich definieren wir demnach:

Ein Sukzessivwerkvertrag liegt vor, wenn ein über den bloßen Tätigkeitserfolg hinausgehender, weiterer Erfolg geschuldet wird, und zwar dergestalt, daß er in zeitlich voneinander getrennten Raten herbeizuführen ist.

Zweiter Teil.

Rechtsfolgen von vertragswidrigem Verhalten.

§ 4. Übersicht.

Im vorhergehenden Teil ist der Begriff des Sukzessivwerkvertrages insbesondere durch Abgrenzung gegenüber verwandten Gebieten zu definieren versucht worden. Dieser Teil hat sich mit den Rechtsfolgen zu befassen.

Bei vertragsmäßigem Verhalten treten die Rechtsfolgen, sei es auf Grund des Gesetzes selbst, sei es auf Grund besonderer vertraglicher Bestimmungen, ohne weiteres ein. Zweifel können hier höchstens entstehen, wie eine Gesetzesstelle bezw. die Einzelheit eines Vertrages auszulegen ist.

Anders bei vertragswidrigem Verhalten. Hier sind die Rechtsfolgen verschieden. Sie hängen zunächst davon ab, welche Vertragsart gegeben ist, und nach Feststellung der Vertragsart weiterhin davon, inwiefern die Verletzung selbst in Erscheinung getreten ist.

Schon die Bestimmung des Vertragstypus stößt bei einem Sukzessivvertrag auf Schwiegerigkeiten. Das Gesetz hat Sukzessivverträge als solche nicht geregelt. Man ist also auf analoge Anwendung bestehender gesetzlicher Bestimmungen angewiesen. Auf der Suche nach solchen hat man einerseits die zwischen Rahmenvertrag und Einzelleistungen bestehenden Wechselbeziehungen, andererseits die Tatsache zu berücksichtigen, daß die zeitlich getrennten Leistungen eine gewisse Dauer des Bestehens des Schuldverhältnisses bedingen.

Für das erstere Moment hat man für den Sukzessivkaufvertrag entsprechende Bestimmungen im Allgemeinen Teil der Schuldverhältnisse zu finden geglaubt, während das letztere Merkmal Veranlassung gegeben hat, die Sukzessivverträge analog denjenigen Verträgen, die sich auf eine gewisse Dauer erstrecken und die ihre gesetzliche Regelung im Besonderen Teil der Schuldverhältnisse gefunden haben, wie Miete, Pacht, Dienstvertrag usw. zu behandeln.

Eine analoge Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über Dauerverträge ist — das sei an dieser Stelle wiederholt gesagt — unserer Ansicht nach nicht möglich, da, wie oben erwähnt, ein grund-

legender Unterschied zwischen beiden Vertragsarten besteht: bei Sukzessivverträgen wird in getrennten Raten geliefert, jede Rate hat eine große wirtschaftliche Selbständigkeit; bei Dauerverträgen ist die Leistung eine einzige, fortgesetzte Handlung.[1])

Es bleibt somit nur übrig, aus den Bestimmungen des Allgemeinen Teils der Schuldverhältnisse in Verbindung mit denen des Werkvertrages die Wirkungen von Vertragsverletzungen bei Sukzessivverträgen zu finden.

Hierbei gelten folgende Möglichkeiten einer Vertragsverletzung als Grundlage:

1) Entweder verletzt der eine Vertragsteil den Vertrag auf negative Weise (sog. negative Vertragsverletzung), indem er untätig bleibt, die Leistung unterläßt, und zwar

a) nicht — oder nicht rechtzeitig — leistet, obwohl er hätte leisten können (Verzug)

oder

b) schuldhafter Weise bewirkt, daß er überhaupt nicht leisten kann (Unmöglichkeit)

oder

2) der eine Vertragsteil verletzt den Vertrag auf positive Weise (sog. positive Vertragsverletzungen), indem er einer Vertragspflicht durch gsitives Handeln zuwiderhandelt.

Jede dieser Vertragsverletzungsmöglichkeiten ist wiederum in ihrer Wirkung nach drei Richtungen hin einer Prüfung zu unterziehen: einmal in Bezug auf die verletzte Einzelleistung, sodann bezüglich der noch zu bewirkenden Leistungen und schließlich rücksichtlich der bereits erfolgten Leistungen.

Allen Vertragsverletzungen gemeinsam ist der zu berücksichtigende Grundgedanke der Selbständigkeit der Einzelleistungen einerseits und die durch den alle Leistungen verbindenden Rahmenvertrag bedingte Zusammengehörigkeit andererseits, beim Sukzessivwerkvertrag alles unter Berücksichtigung der über den Tätigkeitserfolg hinaus herbeizuführenden Erfolge und deren gesetzlich eintretenden Wirkungen bei ihrer Verletzung.

Damit ist die im weiteren einzuhaltende Disposition gegeben.

---

[1]) Der Vollständigkeit halber ist diese Ansicht jedoch unten nochmals genauer besprochen.

§ 5. Die Rechtsfolgen von negativen Vertragsverletzungen.

A. Verzug.

1. Allgemeines.

Verzug ist nicht oder nicht rechtzeitig bewirkte Leistung trotz der Möglichkeit, leisten zu können. Man unterscheidet Gläubigerverzug und Schuldnerverzug, je nachdem der Gläubiger oder der Schuldner, beim Sukzessivwerkvertrag betreffs der Erfolgsbewirkung [1]) also der Besteller oder der Unternehmer, die nicht oder nicht rechtzeitig bewirkte Leistung zu vertreten hat.

Schuldnerverzug setzt regelmäßig Verschulden voraus. Hierneben haben wir beim Werkvertrag auch einen Schuldnerverzug ohne Verschulden, wie er in § 626 Abs. 1 S. 1 geregelt ist.

Bevor jedoch auf die Verzugsfolgen beim Sukzessivwerkvertrag selbst näher eingegangen wird, sollen im folgenden zunächst die Ansichten wiedergegeben und kritisiert werden, die über Rechtsfolgen bei Sukzessivverträgen überhaupt bestehen.

Vorher ist jedoch noch die Frage zu beantworten: kann eine Wiedergabe dieser Meinungen überhaupt für einen Sukzessivwerkvertrag von Bedeutung sein, wenn, wie wir schon sagten, bisher lediglich Kaufverträge in sukzessiver Form Gegenstand einer Erörterung durch Literatur und Rechtsprechung gewesen sind?

Die Beantwortung dieser Frage deckt sich mit unserem Standpunkt über das sukzessive Moment überhaupt: in dem Augenblick, in welchem man über die einzelne, betroffene Rate hinausgehende Rechte geltend machen will, müssen notwendigerweise die für die sukzessive Seite überhaupt gefundenen Rechtsnormen Platz greifen. Insoweit ist es gleichgültig, ob es sich um einen sukzessiv zu erfüllenden Kaufvertrag oder Werkvertrag handelt. Denn die für die besonders geregelte Vertragsart Kaufvertrag oder Werkvertrag festgesetzten Rechtsbestimmungen können niemals weiter reichen als die Vertragsart selbst. Will man demnach sukzessive Rechte geltend machen, dann haben die hierfür gefundenen Rechtsregeln und zwar ausschließlich Anwendung zu finden.

Insofern ist ein Eingehen auf die vertretenen Ansichten über das sukzessive Moment, auch wenn es nur in Verbindung mit dem Kaufvertrag behandelt wurde, auch für unsere Zwecke von größter Wichtigkeit.

---

[1]) Der Einfachheit und Übersichtlichkeit halber sollen hier wie später nur die Vertragsverletzungen seitens des Bestellers als Gläubigers behandelt werden.

Hierbei teilen wir die vertretenen Ansichten ein in diejenigen der Rechtssprechung einerseits und diejenigen der Literatur andererseits; bei letzteren unterscheiden wir wiederum zwischen Anhängern der Praxis und solchen entgegengesetzter Meinung.

Zum Schluß legen wir dann selbst unsere Stellungnahme unter der besonderen Berücksichtigung eines sukzessiven Werkvertrages dar.

2. Die Ansicht der Rechtsprechung.

Was zunächst die Siellung der Rechtsprechung und als deren höchstes Organ die des Reichsgerichts anbetrifft, so kann bis heute von einer juristisch als wertvoll zu bezeichnenden Begründung in den getroffenen Entscheidungen, die sich wegen der schon erwähnten Vernachlässigung des Sukzessivwerkvertrages in Literatur und Rechtsprechung durchweg nur auf Sukzessivkaufverträge beziehen, nicht gesprochen werden.

Das Reichsgericht hat sich der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts angeschlossen, welches unter der Herrschaft des alten Handelsgesetzbuches den Grundsatz aufstellte, daß bei Sukzessivverträgen — es spricht von Sukzessivlieferungsverträgen — Teilverzug Totalverzug nach sich ziehe, d. h., daß der Gläubiger sein Wahlrecht hinsichtlich aller noch rückständigen Raten ohne weiteres ausüben dürfe.

Die grundlegende Entscheidung ist die des Reichsoberhandelsgerichtes vom 7. März 1871.[1]) Nach dem in ihr gegebenen Tatbestand war für eine sukzessiv zu erfüllende Milchlieferung regelmäßig innerhalb des den Lieferungen folgenden Monats Zahlung zu leisten. Sie war nicht erfolgt; die Lieferanten waren daraufhin vom ganzen Vertrage zurückgetreten. Diesen Rücktritt hält das R. O. H. G. für rechtswirksam. Zwar seien im Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch Sukzessivlieferungsverträge nicht besonders geregelt, doch enthielten die Allgemeinen Vorschriften über den Verzug das entscheidende Prinzip, nach dem auch Verträge mit ratenweiser Lieferung zu beurteilen seien, indem nach Art. 351 A. D. HGB. dem Verkäufer bei Verzug des Käufers nur dann das Rücktrittsrecht zustehe, wenn die Ware noch noch nicht übergeben sei, andernfalls habe er nur das Recht auf Schadensersatz. Auf den Sukzessivlieferungsvertrag angewendet bedeutet dies, daß der Rücktritt nicht gestattet sei, wenn alle Lieferungen bewirkt seien. Bei Lieferung von erst einigen Raten müsse jedoch aus der Teilbarkeit der Leistung gefolgert werden, daß der Verkäufer mindestens betreffs der ausstehenden Leistungen zum Rücktritt berechtigt sei. Hierbei sei es gleichgültig, ob der Verzug des Käufers sich auf

[1]) R. O. H. G. II, S. 84 ff.

die schon geleisteten oder auf die noch ausstehenden Raten erstrecke, da es nur darauf ankomme, daß der Käufer mit der Leistung überhaupt in Verzug sei, daß die Leistung teilbar und zum Teil noch nicht erfüllt sei.

Auch die folgenden Entscheidungen sprechen entweder gleichfalls nur von dem „Prinzip, daß der nichtsäumige Kontrahent bei Verzug des anderen vom Vertrage bezüglich aller noch ausstehenden Raten abgehen oder die anderen Rechte geltend machen kann, oder es wird dies sogar als selbstverständlich vorausgesetzt und daraufhin die Frage behandelt, ob der nichtsäumige Kontrahent hinsichtlich der einzelnen Raten verschiedene Rechte geltend machen könne.[1]) In anderen Urteilen[2]) heißt es dann entweder unter Verweisung auf die früheren Entscheidungen, daß es „dem nichtsäumigen Kontrahenten freistehe, vom ganzen Vertrage abzugehen“[3]) oder „nach dem Prinzip, welches den Art. 354 u. 355 HGB. zugrunde liegt, wird . . . . das Wahlrecht des nichtsäumigeen Käufers schon durch den nur hinsichtlich einer Rate eingetretenen Erfüllungsverzug des Verkäufers auch in Ansehung der späteren Raten begründet“.[4])

Das Reichsgericht hat die Praxis des Reichsoberlandesgerichts übernommen. In der hierfür als erste in Betracht kommende Entscheidung[5]) billigt es den Rücktritt vom ganzen Vertrage wegen Verzugs mit einer Rate, ohne jedoch diese Wirkung des Verzugs als Besonderheit des Sukzessivlieferungsvertrages zu erwähnen. Sie wird vielmehr als regelmäßige Folge ohne jede Begründung vorausgesetzt.

Später bezweifelt das R. G. selbst die Richtigkeit des aufgestellten Rechtssatzes in dieser Allgemeinheit.[6]) In einer anderen Entscheidung heißt es dann: „ . . . . . Unter der Herrschaft der Art. 354—356 und 359 HGB. a. f. war es in der Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts sowohl als auch des Reichsgerichts feststehender Grundsatz, daß bei Zahlungs- oder Lieferungsverzug hinsichtlich einer Rate der Gläubiger stets das Recht habe, den Verzug als gänzliche Nichterfüllung des Vertrages zu behandeln und nach seiner Wahl vom Vertrage, soweit er noch nicht erfüllt war, abzugehen oder Schadenersatz wegen der sämtlichen noch ausstehenden Raten zu verlangen . . . . . Auf den vorliegenden Fall findet jedenfalls der

[1]) R. O. H. G. Bd. 9, S. 55 u. 119.
[2]) Vgl. R. O. H. G. Bd. 13, S. 102 ff u. 331, Bd. 16 S. 190 ff u. 200 ff.
[3]) Bd. 13, S. 331.
[4]) Bd. 16, S. 200 ff.
[5]) R. G. 4, S. 54 ff.
[6]) R. G. 17, S. 59 ff.

allgemeine Grundsatz des § 326 Abs. 1 S. 2 BGB. Anwendung. Der § 326 Abs. 1 S. 3 trifft Bestimmung nur für den Fall, daß die Leistung bis zum Ablauf der bestimmten Frist teilweise nicht bewirkt wird. Für diesen Fall erklärt er die Vorschrift des § 325 Abs. 1 Satzes 2 für entsprechend anwendbar; hiernach ist der Gläubiger bei teilweiser Unmöglichkeit der Leistung, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, berechtigt, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit nach Maßgabe des § 280 Abs. 2 zu verlangen oder von dem ganzen Vertrage zurückzutreten. Der Satz 3 des § 326 Abs. 1 setzt somit voraus, daß die Leistung, rücksichtlich deren die Frist bestimmt ist, teilweise bewirkt ist .... Der § 326 zwingt nicht, von der bisherigen, praktisch bewährten Rechtsprechung abzugehen. Vielmehr kann die Klägerin wegen des Verzuges in der Spezifikation der fälligen Raten gemäß § 326 Abs. 1 Satzes 2 nach ihrer Wahl vom Vertrage zurücktreten oder Schadensersatz und zwar nicht bloß wegen der fälligen, sondern wegen *sämtlicher* Raten des Abschlusses fordern. Denn bei den Sukzessivlieferungsverträgen handelt es sich um Verträge von rechtlich *einheitlicher* Natur und zugleich um Geschäfte, die auch wirtschaftlich für die Vertragschließenden wegen des Zusammenhanges mit dem ganzen Geschäftsbetriebe und ihrer auf einen mehr oder minder langen Zeitraum berechneten Dauer von besonderer Bedeutung zu sein pflegen. Als Verträge, die gewöhnlich die Lieferung einer größeren Menge innerhalb längerer Fristen zum Gegenstand haben und dazu dienen sollen, den geschäftlichen Unternehmen der Vertragschließenden für eine gewisse Dauer eine feste Grundlage zu sichern, erfordern die Sukzessivlieferungsverträge regelmäßig von vornherein geschäftliche Vorkehrungen, mögen diese nun den Abschluß anderer Geschäfte oder die Ablehnung weiterer Aufträge oder Einrichtungen im Fabrikationsbetriebe betreffen. Folgeweise bedingen sie in höherem Maße das Vertrauen auf sichere und pünktliche Erfüllung der wechselseitigen Verbindlichkeiten, als dies bei einfachen Verträgen der Fall zu sein pflegt. Schon der Verzug mit der Leistung einer einzelnen Rate kann hinreichen, das Vertrauen auf die Sicherheit und Pünktlichkeit der Leistung späterer Raten und damit die Grundlage des ganzen Vertrages zu erschüttern. ....." [1])

Soweit das Reichsgericht in seiner ersten, nach Einführung des BGB. gegebenen Entscheidung. Auch in den folgenden Urteilen ist

[1]) R. G. Bd. 58, S. 419 ff. Hierzu Bd. 39 S. 57 ff.

das R. G. in ständiger Rechtsprechung seiner Auffassung treu geblieben, ohne daß in den Gründen neue Gesichtspunkte auftauchen.[1])

Wir stehen somit vor der Tatsache, daß das R. G. bei der Begründung von Urteilen über Sukzessivverträge sich in erster Linie von rein praktischen und in der bisherigen Rechtsprechung bewährten Grundsätzen unter Hintenansetzung juristisch zu beachtender Normen leiten ließ. Durch Redewendungen wie „feststehender Grundsatz", „es unterliegt keinem Zweifel" u. a. m. versucht das R. G. seine Stellungnahme zu rechtfertigen. Und selbst dort, wo wir es mit einer rein rechtlichen Begründung zu tun haben, führt dieselbe auf Grund der dauernden Berufung auf ergangene Entscheidungen und Rechtsgrundsätze letzten Endes auf nicht mehr geltendes Recht zurück.

Daß unter diesen Umständen in der Literatur eine heftige Kritik und die verschiedensten Versuche, aus geltendem Recht die fehlende Begründung nachzuholen, einsetzten, ist naheliegend. Denn die Entscheidungen des Reichsgerichts sollen uns überzeugen, nicht uns gebieten.[2])

3. Die in der Literatur vertretenen Ansichten.

a) Die Anhänger der Ansicht der Praxis.

Am eingehendsten hat Müller,[3]) selbst Mitglied des Reichsgerichts, die Rechtsprechung des Reichsgerichts zu verteidigen und zu begründen versucht. Er sucht die Ansicht des Reichsgerichts historisch zu erfassen, indem er auf die Entstehungsgeschichte des § 326 zurückgreift. Hierbei kommt er skizzenmäßig zu folgendem Ergebnis:

§ 252 des Vorentwurfs eines Handesgesetzbuches für die preußischen Staaten

|

§ 250—252 des zweiten Entwufs eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten

|

Art. 354, 355; Art. 359 A. D. HGB.

| |

§ 326 Abs. 1, S. 1 u. 2; § 326 Abs. 1, S. 3 BGB. (gemäß Denkschrift zum Entwurf eines HGB.)

---

[1]) Vgl. R. G. 65, S. 49 ff; R. G. in J. W. 1896 S. 153, Nr. 38, 1905 S. 491 Nr. 13, 1911 S. 216 Nr. 16, R. G. 97 S. 133 u. als letzte R. G. 104 S. 39 ff.

[2]) Oertmann Allg. Tl. S. VI.

[3]) Müller bei Gruchot, Bd. 50 S. 508 ff.

Im einzelnen argumentiert Müller etwa folgendermaßen:

Bei der Beratung der Sachverständigenkommission über den Entwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten stimmte man einerseits darüber überein, daß teilweise Nichterfüllung eines Vertrages ohne weiteres die Auflösung des noch nicht erfüllten Teils bedinge. Uneinig war man darüber, ob der Vertrag auch, soweit er bereits erfüllt sei, wiederaufgehoben werden könne. Die juristischen Mitglieder der Kommission bejahten letztere Frage; ein dahingehender Vorschlag wurde (evtl.) einstimmig angenommen. Die konkrete Natur des Vertrages müsse unter Berücksichtigung der tatsächlichen Umstände ergeben, ob der Vertrag als ganzes oder als eine Mehrheit von Verträgen aufzufassen und eine Teilung der Erfüllung möglich sei. Hiernach sei zu entscheiden, ob der Rücktritt sich nur auf den nichterfüllten Teil oder auf den ganzen Vertrag erstrecke.

Dieser Vorschlag wurde bei der Festsetzung des § 252 des zweiten Entwurfs des HGB. für die preußischen Staaten angenommen. Er ging im allgemeinen unverändert als Art. 359 in das A. D. HGB. über, und die Rechtsprechung des R. O. H. G. und R. G. hat dann aus dieser Bestimmung in Verbindung mit dem Art. 355 gefolgert, daß der Verzug mit der Leistung einer Rate Verzugswirkungen auch sowohl bezüglich des noch nicht erfüllten Teils des Vertrages als auch des schon erfüllten Teils nach sich ziehe.

Der Übergang vom A. D. HGB. in das BGB., d. h. die Übernahme der Art. 355 und 351 in Verbindung mit Art. 359 A. D. HGB. in den § 326 Abs. 1 BGB. hat sich nach Müller[1]) dann folgendermaßen vollzogen:

§ 326 Abs. 1 S. 3 BGB. entspricht nach seiner Meinung dem Art. 359 A. D. HGB. Denn diese Vorschrift des BGB. könne nicht nur dann angewendet werden, wenn ein Teil der Leistung, mit welcher der Schuldner in Verzug bleibt, und hinsichtlich deren die Fristbestimmung und Aufforderung nach Satz 1 Abs. 1 des § 326 ergangen sei, *nach* dieser Aufforderung und Fristbestimmung bewirkt werde, sondern auch dann, wenn dies *vor* jener geschehe, und Rücktritt bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung vom ganzen Vertrage geltend gemacht werde, auch soweit er bereits erfüllt sei.

Ferner: Art. 355 und 351 ist nach Ansicht Müllers im BGB. § 326 Abs. 1 Satz 1 und 2. Nach dieser wie nach jener Vorschrift könne bei Verzug des Verkäufers mit einer Rate ohne weiteres Aufhebung des Vertrages hinsichtlich dieser und der noch ausstehenden

[1]) Müller a. a. O. S. 521.

Raten verlangt werden, und zwar seien die Rechte in Bezug auf den nichterfüllten Teil des Vertrages ohne weiteres gegeben, ohne daß es, wie vielfach verlangt, des Nachweises bedürfe, daß der nicht säumige Käufer infolge des Verzuges des Verkäufers an der Erfüllung kein Interesse mehr habe.

Der Ansicht Müllers ist nicht beizutreten. Müllers Beweisführung ist historisch. Hiergegen ist solange nichts einzuwenden, als sich mit einer jeden Zweifel ausschließenden Gewißheit beweisen läßt, daß einerseits die der Deduktion des zu lösenden Problems zugrunde liegenden Bestimmungen alten Rechts dieselbe Materie geregelt haben wie die in Frage stehende, andererseits die Fortsetzung in geltendem Recht eine derart augenscheinliche ist, daß sie einer Rechtsnachfolge gleichkommt. Beides ist nicht der Fall.

Weder das geltende Recht noch irgend ein früheres regeln einen Sukzessivvertrag. Hier wie dort ist man also auf Auslegung des Gesetzes angewiesen. Für das alte Recht sind hierbei, wie gezeigt, die Protokolle über die Beratungen über den Vorentwurf eines Handelsgesetzbuches für die preußischen Staaten das Hauptargument. Daß Art. 359 sich auf den Vorentwurf zurückführen läßt, mag stimmen. Aus dieser Möglichkeit jedoch einen sicheren Schluß auf den Willen des Gesetzgebers zu ziehen, geht nicht an. Wenn Müller nämlich meint: „Gestritten wurde nur über die Frage, ob auch hinsichtlich des erfüllten Teils der Rücktritt gestattet sei; darüber war man sich einig, daß die Nichterfüllung eines Teils schlechthin die Aufhebung des noch nicht erfüllten Vertrages rechtfertige", so ist hieraus keineswegs zu folgern, daß man an den Sukzessivlieferungsvertrag dachte und ihn durch § 252 des Entwurfs regeln wollte. Im Gegenteil: weil man den Sukzessivlieferungsvertrag überhaupt nicht im Auge hatte, war man sich darüber klar, daß die Wirkungen sich ohne weiteres auf den noch nicht erfüllten Teil des Vertrages erstrecken müßten, da ja bei einem einheitlichen, auf einmal zu erfüllenden Vertrage, an den man lediglich dachte, der nicht erfüllte Teil im Verzug ist und sich auf diesen Teil die Verzugsfolgen natürlich erstrecken. Auch die Ansicht der juristischen Mitglieder der Kommission, nach welcher es darauf abzustellen ist, ob der Vertrag als ein Ganzes oder als eine Reihe von Verträgen aufzufassen sei, ob mithin eine Teilung der Erfüllung zuzulassen wäre oder nicht, kann nicht als Beweismittel dienen. Denn eine solche Erwägung kommt bei einem Sukzessivvertrag gar nicht in Frage, da ja dessen Natur gerade auf der Teilung der Erfüllung

beruht und mangels Vorliegens einer solchen ein Sukzessivvertrag niemals gegeben ist.

Somit steht schon für das A.D.HBG. keineswegs fest, daß es den Sukzessivvertrag direkt regelt. Mangels eines unbestreitbaren Vorliegens dieser Tatsache kann jedoch von einem „Herauswachsen" des § 326 Abs. 1 aus den Art. 354, 355, A.D.HGB. nicht die Rede sein. Denn war man schon bei der Interpretation der letztgenannten Artikel an eine Auslegung auf Grund von Motiven angewiesen, um zu dem Ergebnis Müllers zu kommen, so wäre für das geltende Recht noch zu beweisen, daß diese Auslegung auch heute noch in demselben Umfang Anwendung finden müsse. Hierfür spricht jedoch nichts. Vielmehr spricht die Tatsache, daß mit Inkrafttreten des BGB. das Privatrecht und damit auch der Schuldnerverzug von Grund auf neu geregelt ist, dafür, daß allein das geltende Recht allgemein und damit auch für die Behandlung der aufgeworfenen Frage maßgebend sein soll und das alte, nicht mehr in Kraft befindliche Bestimmungen und vollends deren Motive den Anspruch verloren haben, noch als Beweismittel für die Entscheidung von Auslegungsfragen des geltenden Rechts herangezogen zu werden. Zudem hätte der Gesetzgeber bei der Neufassung des Privatrechts Gelegenheit gehabt, die Sukzessivverträge besonders zu regeln. Eine solche Absicht geht jedoch nicht einmal aus den Motiven hervor. Infolgedessen ist ein dahingehender Wille, den wir schon beim A.D.HGB. als nicht vorliegend erachteten, bei der Regelung des BGB. keinesfalls ersichtlich. Der Versuch Müllers, aus der Entstehungsgeschichte des § 326 die Auffassung des Reichsgerichts zu begründen, muß also als gescheitert angesehen werden.

Ein weiterer Verteidiger der Ansicht des R. R. ist Staub.[1]) Auch nach seiner Meinung kann der Gläubiger bei Verzug mit einer Rate, sei es auch der ersten, hinsichtlich sämtlicher noch ausstehenden Raten Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung gemäß § 326 Abs. 1 S. 2 BGB. fordern. Die von ihm hierfür gegebene Begründung beruht auf dem Grundgedanken, daß bei Sukzessivlieferungsverträgen keine Abweichung von den Grundsätzen vorhanden sei, die für die sonstigen Fälle von Teilerfüllung und Teilverzug gelten. Hierbei beruft er sich auf die Rechtsprechung des Reichsoberhandelsgerichts und des Reichsgerichts und unterscheidet bezüglich des Teilverzuges im einzelnen, ob die teilweise Erfüllung für den Käufer Interesse hat oder nicht. Im ersteren Fall soll der Gläubiger die Verzugsrechte nur hinsichtlich des noch ausstehenden Teils des Vertrages haben, da die

[1]) Exkurs zu § 374 Anm. 135 ff. Kommentar.

Rechtslage unter der Herrschaft des Art. 359 A. D. HGB. und heute bei gleicher Materie dieselbe sei. Der Unterschied bestehe nur darin, daß Art. 359 den Fall der teilbaren Leistung behandle, während § 326 Abs. 1 umgekehrt eine unteilbare Leistung berücksichtige.

Für den Fall jedoch, daß der Gläubiger an der teilweisen Erfüllung kein Interesse habe, könne er die Verzugsrechte bezüglich des ganzen Vertrages geltend machen. Hier werde dann Unmöglichkeit der noch ausstehenden Leistungen fingiert und die §§ 280 Abs. II, 325 Abs. I, S. 2, 326 Abs. I S. 3 seien anzuwenden.

Der Beweisführung Staubs ist zunächst das gleiche Moment entgegenzuhalten wie derjenigen Müllers: es geht nicht an, für das geltende Recht auf die Bestimmungen des A. D. HGB. und deren Auslegung zurückzugreifen. Ferner widerspricht sich Staub selbst, wenn er die Verzugsrechte ohne Interessennachweis für den noch rückständigen Teil des Vertrages zulassen will. Denn wenn er schon einmal die Grundsätze über den Teilverzug ohne jede Abweichung auf den Sukzessivlieferungsvertrag angewendet wissen will, müßte er folgerichtig auch zu dem Ergebnis kommen, daß auch beim Sukzessivlieferungsvertrag der Gläubiger die Verzugsrechte nur dann auf den ganzen Vertrag ausdehnen kann, wenn die teilweise Erfüllung für ihn kein Interesse hat. Diesen Schluß zieht er jedoch nicht. Vielmehr kommt er im Endergebnis zu einer erheblichen Abweichung von den für den Teilverzug geltenden Grundsätzen, ein sicheres Zeichen dafür, daß dieselben auch nach seiner Meinung nicht unverändert und unmittelbar auf den Sukzessivvertrag anwendbar sind.

Von weiteren Autoren, die in neuerer Zeit für die Rechtsprechung des Reichsgerichts eingetreten sind, nenne ich Grupen und Hueck.

Grupen[1]) sieht in dem Verzug mit einer fälligen Einzelrate nicht Teilverzug, sondern Totalverzug, da die Einzelleistung zwar äußerlich betrachtet ein „Teil", eine Quote des Gesamtkaufgegenstandes sei, in dem Moment jedoch, in welchem sie vom Vertragsganzen loszulösen ist, für beide Vertragsteile Ganzleistung, Hauptleistung würde. Hieraus ergebe sich, daß nicht Satz 3 Abs. I § 326 BGB., sondern Satz 1 und 2 dieser Bestimmung anzuwenden seien.

Grupens Ansicht ist gesucht und gekünstelt und besagt im Grunde nichts anderes als diejenige Staubs. Denn Staub sagt ohne weiteres, Teilverzug sei Verzug mit der ganzen Vertragsleistung, während Grupen erst auf Grund der Tatsache, daß er die einzelne Leistung als Ganzleistung ansieht, bei Vorliegen von Verzug mit einer Rate Totalverzug

[1]) Gruppen a. a. O. S. 41 ff.

annimmt. Hierbei ist Grupen inkonsequent. Gerade bei seiner Annahme, die Einzelrate sei Ganzleistung, müßte er zu dem Schluß kommen, daß sich der Verzug nur auf diese Ganzleistung, d. h. auf die einzelne Rate erstrecke und nicht, wie nach Staub, auf den ganzen Vertrag. Im übrigen gelten demnach die Argumente, die gegen Staubs Theorie sprechen.

Ein anderer Verteidiger der Reichsgerichtsansicht, Hueck,[1]) meint, es gäbe weder eine direkte noch eine analoge Gesetzesbestimmung, die eine Entscheidung für den Verzug beim Sukzessivlieferungsvertrage geben könne. Eine analoge Anwendung einer gesetzlichen Bestimmung sei nur zulässig, wenn die ratio legis, die zu der betreffenden Bestimmung geführt hat, auch für den von dem Wortlaut nicht betroffenen Fall zutreffe. Man habe nun beim gegenseitigen Vertrag dem Gläubiger im Falle des Schuldnerverzuges das Recht zum Rücktritt bezw. zum Schadensersatz wegen Nichterfüllung gewährt, weil man ihm nicht zumuten wollte, mit dem trotz Fristsetzung noch säumigen Schuldner noch länger in einem Vertragsverhältnis zu beiben, obwohl er gar nicht wissen könne, ob und wann er von dem Schuldner die Leistung erhalten werde; man wolle ihm vielmehr die Möglichkeit gewähren, sich durch Setzung einer Frist unbedingte Klarheit darüber zu verschaffen, ob er noch auf die Leistung des Schuldners zu rechnen habe, damit er danach seine Maßregeln treffen, beispielsweise ein Deckungsgeschäft vornehmen könne. Soweit der Gläubiger die Leistung schon erhalten habe, fiele dieser Grund fort, da dann kein Grund vorhanden sei, ihm noch ein besonderes Rücktrittsrecht zu gewähren. Infolgedessen bestimme denn auch das Gesetz in § 326 Abs. 1 S. S. 3 in Verbindung mit § 325 Abs. 1 S. 2, daß wegen des schon Geleisteten der Rücktritt bezw. Schadensersatz wegen Nichterfüllung nur unter der Voraussetzung, daß der Gläubiger an dem geleisteten Teil allein kein Interesse habe, zulässig sein solle. Daß diese Bestimmung auf sukzessive Lieferungsverträge insoweit anwendbar sei, als schon geliefert wäre, leuchte ein (sic! also doch analoge Anwendung! d. Verf.). Während wegen der geleisteten Raten der Gläubiger das Rücktrittsrecht also nur dann habe, wenn die Teilleistungen allein für ihn ohne Interesse wären, könne dies trotz Vorliegens von Verzug auch insoweit für die noch gar nicht fälligen Raten nicht ohne weiteres gelten, da hier die Unsicherheit des Gläubigers nicht durch Leistung beseitigt sei, wie es im § 326 Abs. 1 S. 3 vorgesehen wäre. Es bestehe völlige Ungewißheit, ja sogar Wahrscheinlichkeit, daß der Gläubiger bei nicht

[1]) a. a. O. S. 164 ff.

rechtzeitiger Leistung einer Rate auch in Zukunft nicht pünktlich sein werde. Diese Lage brauche sich der Gläubiger nicht gefallen zu lassen und infolgedessen komme § 326 Abs. 1 S. 1, nicht Satz 3 in Frage.

Soweit Hueck. Abgesehen davon, daß er anfangs die Anwendung analoger Vorschriften ablehnt und sie dann selbst im Endergebnis gutheißt, spricht gegen seine Theorie der Umstand, daß er nach Ablehnung des § 326 Abs. 1 S. 3 den Satz 1 und 2 derselben Bestimmung analog anwenden will, obwohl Verzug hinsichtlich der noch ausstehenden Raten keineswegs gegeben ist. Diesem Mangel, den auch Hueck erkennt, dadurch abzuhelfen, daß man sagt, man könne nach dem Geist des Gesetzes dem Gläubiger nicht zumuten, beim Vertrage zu bleiben, sondern müsse ihm direkt die in Satz 1 und 2 des § 326 Abs. 1 näher bezeichneten Rechte geben, geht nicht an. Es ist nicht erwiesen, ob dies Moment oder der Umstand, daß man einen tatsächlichen Verzug des Schuldners voraussetzte, für die Fassung der genannten Bestimmung maßgebend war, ganz abgesehen davon, daß diese Vorschrift von einem einheitlichen Vertrag mit unteilbarer Leistung spricht, was einer analogen Anwendung auf einen Sukzessivvertrag wegen dessen Eigenart zuwiderläuft.[1])

b) Die Ansicht der Gegenmeinung.

Wir sahen, daß das Reichsgericht und die ihm folgenden Autoren dem Gläubiger bei Verzug mit einer Rate schlechthin für den noch rückständigen Teil des Vertrages die Rechte aus § 326 Abs. 1 gewähren wollen.

Demgegenüber behauptet die Mehrheit der Schriftsteller, alle Fälle des Schuldnerverzuges mit einem Teil des Gesamtvertrages, beispielsweise mit einer Rate, seien in § 326 S. 3 Abs. 1 geregelt. Es wird also, wenn sich die Verzugswirkung auf den ganzen Vertrag erstrecken soll, der Mangel des Interesses an teilweiser Erfüllung gefordert.

Es lassen sich je nach der Begründung hierfür in der Hauptsache zwei Gruppen von Ansichten finden, als deren Hauptvertreter Düringer-Hachenburg und Jacobi zu nennen sind. Eine dritte Meinung, diejenige Makowers, schließt sich der Ansicht Düringer-Hachenburgs im Prinzip an.

[1]) Damit sind die Ansichten derjenigen Autoren, die sich der Meinung des R. G. mit einer längeren Begründung angeschlossen haben, wiedergegeben. Mit kurzer Begründung oder auch ohne solche haben sich angeschlossen: Brand, S. 897 ff. Cosack I, § 123, III, 1; Enneccerus, I, 2 § 321, II, 3; Landau: D. J. Z. 1905 S. 569; Lehmann-Ring, Anm. 69, 70 zu § 376; Planck zu § 326 4b, R. G. R. Komm. Anm. zu §§ 325, 326, Zander, Gustav, bei Gruchot, Bd. 52 S. 304 ff; Oertmann Bem. 4 zu § 326.

Düringer-Hachenburg[1]) argumentieren etwa folgendermaßen.

„Partialverzug" könne nur „Partialverzugsfolgen" haben, d. h., der Verzug mit einer Rate könne niemals Verzug mit den noch nicht fälligen Raten nach sich ziehen. § 326 Abs. 1 S. 1 BGB. regele lediglich den Fall, wenn tatsächlich Verzug vorliege. Dieser sei mangels Fälligkeit betreffs der übrigen Raten nicht vorhanden. Infolgedessen könnten insoweit auch keine Verzugswirkungen eintreten. Nur falls die Teilleistung, sei es die erste, sei es eine folgende, für den Gläubiger von solcher Wichtigkeit sei, daß infolge des Verzugs des Verkäufers mit der Teilleistung entweder die Erfüllung des ganzen Vertrages oder seine Erfüllung hinsichtlich der noch ausstehenden Raten für ihn kein Interesse mehr habe, könne er im ersteren Falle vom Vertrage ganz zurücktreten oder hinsichtlich ihrer Schadensersatz verlangen. Dies folge aus § 326 Abs. 1 S. 3, und zwar sei diese Vorschrift dahin auszulegen, daß unter „teilweiser Erfüllung" i. S. der Bestimmung sowohl der bereits vollzogene als auch der noch zu bewirkende Teil zu verstehen sei. Es entspreche dem Willen des Gesetzgebers, welcher den Nichtsäumigen soweit als möglich schonen wolle, daß nicht nur wegen der bereits geleisteten, sondern auch betreffs sämtlicher noch ausstehenden Raten Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung geltend gemacht werden könne.[2])

Die Ansicht Düringer-Hachenbergs ist in vieler Hinsicht beachtenswert. Trotzdem kann sie als voll befriedigend nicht gewertet werden, da ihr eine Überschätzung der selbständigen Bedeutung der Einzelraten zuungunsten des Rahmenvertrages innewohnt. Eine solche Bevorzugung der Einzelrate kann auch nicht dadurch beseitigt werden, daß man verlangt, über den Einzelverzug hinausgehende Wirkungen könnten nur dann eintreten, wenn sie vom Gesetz ausdrücklich vorgesehen seien. Der Sukzessivvertrag ist im Gesetz überhaupt nicht geregelt; infolgedessen kann auch eine formale Auslegung von Gesetzesstellen nicht in Frage kommen.

Makower[3]) weicht insofern von der eben zitierten Ansicht ab, daß er meint, die Rechte könnten nur hinsichtlich des ganzes Vertrages, also nicht wegen eines Teils, geltend gemacht werden. Es wäre mithin nicht möglich, nur bezüglich der noch ausstehenden Raten oder sichtlich des bereits Geleisteten Schadensersatz oder Rücktritt zu verlangen, sondern dies könnte stets nur in Bezug auf den ganzen

[1]) Bd. 2 T. 270 ff, Bd. 4, S. 114 ff; Hachenburg in Leipz. Ztschr. 107 S. 9 ff.
[2]) Zu der Frage, ob Fälligkeit mit einer Rate an sich weitergehende Wirkungen nach sich ziehen kann, vgl. R.G. 97, 133.
[3]) a. a. O. Vorbem. zu §§ 375, 376 HGB. XV, 3.

Vertrag gefordert werden. Denn nach seiner Ansicht sei die Ausübung des Wahlrechts (Rücktritt oder Schadensersatz) bezüglich der noch nicht in Verzug befindlichen Raten nur zulässig unter den Voraussetzungen, unter denen überhaupt bei Teilverzug Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages gefordert und vom ganzen Vertrag zurückgetreten werden könne.

Daß diese Ansicht in ihrer rein formalen Auslegung den wirtschaftlichen Bedürfnissen des Gläubigers vielfach nicht genügen kann, leuchtet ohne weiteres ein. Zur näheren Begründung hierfür genügt es, auf die diesbezüglichen Ausführungen bei der eigenen Stellungnahme S. 46 ff. der Abhandlung zu verweisen.

Äußerst ausführlich nimmt dann Jacobi[1]) zu dem Problem Stellung. Er geht davon aus, daß der Gesetzgeber durch die Verweisung auf die Unmöglichkeit in § 326 Abs. 1 S. 3 den teilweisen Lieferungsverzug der teilweisen Unmöglichkeit habe gleichstellen wollen. Tatsächlich wäre diese Gleichstellung ja auch völlig gerechtfertigt. Denn praktisch wäre es dem Gläubiger, dem nicht geleistet werde, gleichgültig, ob die Leistung ausbliebe, weil der Schuldner nicht leisten wolle oder nicht leisten könne.

Im Falle teilweiser Unmöglichkeit sei die Sachlage nun folgende. Sowohl dann, wenn ein Teil der Leistung unmöglich werde, bevor der andere geleistet sei, als auch dann, wenn er unmöglich wurde, nachdem er geleistet wäre, könne der Nichtsäumige Rücktritt oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages geltend machen, wenn er an teilweiser Vertragserfüllung kein Interesse habe.

Nicht anders sei es infolge des Verzugs. Zwar wäre bei rein mechanischer Interpretation — wie sie das Reichsgericht[2]) ausgeübt habe — im § 326 Abs. 1. S. 3 auf die teilweise Unmöglichkeit nur für den Fall verwiesen, daß der Schuldner von vorneherein mit der ganzen Leistung im Verzuge sei und erst nach Fristsetzung und vor Fristablauf einen Teil geleistet habe; denn diese Bestimmung spreche nur von dem Fall, daß die Leistung bis zu dem Ablauf der Frist teilweise nicht bewirkt „werde", nicht davon, daß sie nicht bewirkt „sei". Demgegenüber müsse jedoch gesagt werden, daß es sachlich völlig gleich wäre, ob die Teilleistung vor der Fristsetzung oder innerhalb der Frist bewirkt werde, sodaß der § 326 Abs. 1 S. 3 analog auf den Fall ausgedehnt werden müsse, daß der Schuldner einen Teil der Leistung rechtzeitig bewirkt habe und nur wegen des anderen eine

[1]) a. a. O. S. 230 ff.
[2]) R. G. 58, S. 421.

Frist gesetzt werde, die dann nutzlos verstreiche. Das hieße auf den Sukzessivvertrag angewendet: sowohl wenn der Schuldner mit der ersten, wie auch dann, wenn er mit einer folgenden Rate in Verzug komme, kämen gemäß § 326 Abs. 1 S. 3 die Grundsätze des § 325 Abs. 1 S. 2 zum Zuge.

Um nun jedoch im Gegensatz zu Makower auch durch Geltendmachung der Rechte nur bezüglich eines Teils, d. h. bezüglich der erfüllten o d e r noch ausstehenden Raten zu kommen, interpretiert er den § 325 Abs. 1 S. 2 ausdehnend. Er will das „wenn" dieses Satzes einem „insoweit" gleichstellen, sodaß es nicht hieße: „wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat", sondern: „insoweit . . . . kein Interesse hat".

Um gleich auf die letzte Argumentation Jacobis zu kommen, so müßten, wenn wir seine Ansicht weiterverfolgten, teilweiser Verzug und teilweise Unmöglichkeit im Gesetz völlig gleichgestellt sein. Dieses ist aber keineswegs der Fall, und es läßt sich aus keinem Umstand schließen, daß eine solche Gleichstellung beabsichtigt war. Im Gegenteil: Wenn der Gesetzgeber im § 325 Abs. 1 S. 2 auf die Vorschriften über teilweise Unmöglichkeit verweist, so findet diese Vorschrift nur für diese Fälle und nur „entsprechend" Anwendung, woraus erhellt, daß es sich keineswegs um eine Gleichstellung bei der Vertragsverletzungen handeln soll. Ferner kann seiner Ansicht, es wäre dem Gläubiger völlig gleichgültig, ob er nicht leisten wolle oder nicht leisten könne, nicht beigetreten werden. Dies mag für die Vergangenheit stimmen, für die zukünftigen Leistungen jedoch keinesfalls, denn hier wird es für das Maß des anzunehmenden Interesses an den zukünftigen Raten allerdings von Bedeutung sein, ob der andere Teil wegen eines von ihm nur aus Fahrlässigkeit herbeigeführten Umstandes nicht leisten konnte, oder ob er — trotz Fristsetzung — nicht leisten wollte. Somit ist die Ansicht Jacobis in ihren Grundlagen nicht zu billigen.[1])

c) Die Ansicht Müller-Erzbachs.

Auf einem ganz anderen Wege versucht die oben[2]) bereits widerlegte, der Vollständigkeit halber auch hier noch zu erwähnende Ansicht Müller-Erzbachs[3]) die Sukzessivverträge rechtlich zu erfassen.

[1]) Der Ansicht Jacobis und Düringer-Hachenburgs folgen ferner: Caesar in Holdh.Mon.Schr. 16, S. 31 ff; Endemann S. 707 ff; Goldmann-Lilienthal S. 385 ff; Hirsch S. 27 ff; Staudinger Anm. zu § 326; Winter in Gruchot Bd. 18, S. 193 ff; schwankend Ritter Bem. zu §§ 373/374.

[2]) S. 18 der Abhandl., auch S. 28 ff.

[3]) In D.J.Z. S. 1158 ff.

Müller-Erzbach meint, § 326 sei auf Sukzessivverträge völlig unanwendbar, da diese Bestimmung ein einmaliges Schuldverhältnis voraussetze. Bei Sukzessivverträgen handele es sich jedoch um ein dauerndes Rechtsverhältnis, wie wir es im BGB. in den Vorschriften über Miete, Pacht, Dienstvertrag, Gesellschaftsvertrag, geregelt fänden. Infolgedessen müsse eine Lösung des Vertragsverhältnisses auch auf die in diesen genannten Verträgen geregelte Weise erfolgen. Das Mittel hierzu sei demnach hier wie dort die Kündigung, hier direkt, dort analog. Da das Wesen der Kündigung in der Auflösung für die Zukunft bestehe, der Rücktritt jedoch den Vertrag selbst aufhebe, mithin auch für die Vergangenheit wirke, komme nur Kündigung in Frage, da eine Aufhebung des Vertrages für die Vergangenheit beim Sukzessivverträge gar nicht beabsichtigt sei. Umgekehrt: dehne man die Wirkungen des Rücktritts auch auf die zukünftigen Leistungen aus, dann wäre es kein Rücktritt mehr, sondern eine Kündigung.

Wir haben schon oben gesagt, daß wir uns der Theorie Müller-Erzbachs schon um deswillen nicht anschließen können, weil wir einen grundlegenden Unterschied zwischen dem juristischen Begriff des Sukzessivverträges und demjenigen der Dauerträge sehen. Hier möge aus dem eben Gesagten noch ein weiteres Moment, das gegen die Ansicht spricht, erwähnt werden.

Wir hatten gesehen, daß Müller-Erzbach in Verfolg der analogen Anwendung der Vorschriften über Dauerverträge auf die Sukzessivverträge zu dem Ergebnis gelangt ist, daß das Mittel der Lösung der Verträge in beiden Fällen die Kündigung sei. Kündigung bedeutet Aufhebung für die Zukunft. Damit fällt einerseits die Möglichkeit einer Auflösung für die Vergangenheit weg, wie es der Verfasser auch selbst zugesteht. Andererseits ist dann aber auch ein Schadensersatz aus dem gegebenen Vertrag neben der Kündigung schlechthin nicht möglich: ein wenig befriedigendes Ergebnis.[1])

Wenn Müller-Erzbach nun vollends behauptet, der Gläubiger hätte auch gar kein Bedürfnis, dem Vertrug ex tunc zum Erlöschen zu bringen, so muß dem doch entschieden widersprochen werden. Bei sehr vielen, wenn nicht bei der Mehrzahl der Fälle wird der Gläubiger ein großes Interesse daran haben, auch betreffs des bereits Geleisteten vom Vertrage befreit zu werden, ich erinnere nur an das von Jacobi angeführte der beiden Paßpferde, bei denen bezüglich des einen Verzug eingetreten ist, wodurch auch das andere für den Gläubiger wertlos ist.

[1]) Die Forderung nach einem außervertraglichen Schadensersatz, insbes. nach § 829 BGB. bleibt natürlich unberührt, wird aber, wie wir unten S. 51 f der Abhandlung noch nachweisen werden, in zahlreichen Fällen nicht genügen.

Der Ansicht Müller-Erzbachs folgt als einer der bedeutendsten Vertreter in eingehender Weise Otto v. Gierke.[1])

Auch er unterscheidet zwischen vorübergehenden und dauernden Schuldverhältnissen, d. h. nach dem Gesichtspunkt, ob die den Inhalt von Schuld und Forderung bildende Leistung in einem Zeitpunkt oder während eines Zeitraumes zu bewirken ist.

Für ein vorübergehendes Schuldverhäldnis sei die Erfüllung der normale Beendigungsgrund. Dies sei, wenn es sich um eine einmalige Handlung als Schuldgrund handele, stets der Fall; aber auch bei mehrmaligen Einzelhandlungen träfe dies zu, wenn die einzelnen Handlungen als gesonderte Leistungen geschuldet würden, durch deren Bewirkung als Teilerfüllung die Schuld teilweise zerstört würde, wie z. B. bei der Kaufpreisschuld, die in Raten abzuzahlen ist oder bei der Verpflichtung des Verkäufers zur Lieferung des verkauften Gegenstandes in bestimmten Terminen.

Ein dauerndes Schuldverhältnis dagegen käme durch Erfüllung nicht zum Erlöschen. Sein Beendigungsgrund sei normalerweise vielmehr Zeitablauf. Hierher gehörten in erster Linie die Verpflichtungen zu einem Unterlassen, wie insbesondere die durch Konkurrenzklauseln und Kartelle begründeten Verpflichtungen zur Nichtvornahme bestimmter Handlungen. Ferner die Verpflichtung zu einem fortgesetzten, positiven Verhalten, wie die Verpflichtung des Vermieters zur Gewährung des Sachgebrauchs, des Verpächters zur Gewährung von Gebrauch und Fruchtgenuß oder die auf eine dauernde Arbeitsleistung abzielenden Verpflichtungen des Verwahrers, des Verwalters, des Dienstverpflichteten. Dauernder Art sei schließlich die Verpflichtung zu wiederkehrenden Leistungen. Diese erzeuge zwar stoßweise Einzelverpflichtungen, die als besondere, vorübergehende Schuldverhältnisse untergehen, berühre jedoch den Bestand und die Wirkungskraft der Stammverpflichtung nicht; denn man müsse das ständige Schuldverhältnis als Ganzes von den aus ihm entspringenden Einzelschuldverhältnissen unterscheiden. Hierher seien neben den einen Teilinhalt dauernder Schuldverhältnisse bildenden Verpflichtungen zu periodischen Zahlungen, wie z. B. zur Zahlung des Miets- oder Pachtzinses, eines Gehaltes oder Lohnes, neben jeder Rentenschuld, sei es einer Leibrente oder einer immerwährenden Rente, insbesondere die Sukzessivlieferungsgeschäfte und als deren typisches Beispiel der in Bayern gesetzlich geregelte Bierlieferungsvertrag[2]) zu rechnen. Denn eine Subsumierung

[1]) Bei Jhering a. a. O. S. 355 ff, D.Pr.R. III, S. 93 f.
[2]) Vgl. Bayr. A.G. z. HGB. Art. 13 u. 14.

solcher sukzessiv zu erfüllenden Verträge unter den Begriff des Kaufs[1]), bei dem der Gegenstand unbestimmt, aber objektiv bestimmbar ist, und damit eine Gleichstellung mit den Fällen, in denen ein festes Quantum gekauft ist, das in bestimmten Raten zu liefern ist, entspräche dem wirklichen Wesen solcher Verträge keineswegs, da hier eine dauernde, durch die Einzelleistungen nicht aufgezehrte Verpflichtung, zu liefern und zu beziehen, begründet sei. Dies sei sowohl dann der Fall, wenn man den Vertrag als direkten Kauf, als auch dann, wenn man ihn als einen Vorvertrag zum Kauf ansähe, denn in jedem Fall läge ein dauerndes Schuldverhältnis vor. — Nun könne zwar bei einem dauernden Schuldvertrag die Vertragsverletzung hinsichtlich einzelner Lieferungen an sich ein Rücktrittsrecht in Ansehung des ganzen Vertrages nicht hervorrufen. Da sie aber zugleich Verletzung der Dauerverpflichtung sei, rechtfertige sie zwar kein Rücktrittsrecht — denn dadurch würde der Bestand des ganzen Vertrages für die Vergangenheit, in der er vielleicht lange Zeit hindurch gehörig erfüllt ist, in Frage gestellt — wohl aber, wenn durch sie, den Umständen nach, das berechtigte Vertrauen des anderen Teils auf künftige gehörige Erfüllung zerstört würde, wie dies bei wiederholter Säumnis, fehlerhafter Lieferung usw. der Fall sein könne, die einseitige Aufhebung des ganzen Vertrages von nun an mittels fristloser Kündigung.[2])

Über den uns in erster Linie interessierenden Werkvertrag äußert sich dann Gierke[3]) dahin, daß er ihn grundsätzlich als einen vorübergehenden Schuldvertrag ansieht, da hier der durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführende Erfolg Gegenstand des Vertrages sei, der Vertrag mithin auf Erfüllung in einem bestimmten Zeitpunkt abgelegt wäre und durch Erfüllung untergehe. Aus der Natur des Werkvertrages als Arbeitsvertrag folgere jedoch, daß er auch das Moment einer Dauer in sich berge, was insbesondere durch das Recht der „Kündigung" zum Ausdruck komme. Bei Werklieferungsverträgen trete die Dauer fast ganz in den Hintergrund. Bei Werkverträgen käme sie jedoch dann, wenn es sich um einen auf Herstellung oder Veränderung einer Sache gerichteten Vertrag handele — und das Werk nicht abnahmefähig wäre, zumal wenn ein unkörperlicher Arbeitserfolg geschuldet werde, vielfach derart erheblich zutage, daß dieselben sich aus diesem Grunde vielfach den Dienstverträgen stark annäherten. Dies gelte sowohl bei Werkverträgen, deren Gegenstand ein persönliche

[1]) auch Gierke denkt in erster Linie an einen sukzessiven Kaufvertrag.
[2]) Vgl. in D.Pr.R. S. 93/94.
[3]) Bei Ihering S. 395/396.

Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sei — als auch dann, wenn sie sich auf eine Geschäftsbesorgung richteten, wie es gerade in zahlreichen Sonderbestimmungen des Handelsrechts, z. B. dem Kommissions- und Speditionsgeschäft, den Transportverträgen und Frachtgeschäften des Handels-, See- und Binnenschiffahrtsrechts zum Ausdruck käme. —

Was zunächst die Frage anbetrifft, ob der Werkvertrag als solcher ein Dauerschuldverhältnis ist oder nicht, so gelten demgegenüber auch hier die hierüber bereits gemachten Ausführungen.[1]) Nur soviel sei auch hier wiederholt gesagt, daß es eine völlige Überschätzung der auch im Begriff des Werkvertrages notwendig liegenden Tätigkeit bedeutet, wenn man ihr zuliebe den eigentlichen Schuldgegenstand, den über die Tätigkeit und deren Erfolg hinausgehenden weiteren Erfolg, derart zurücktreten läßt, daß man die Tätigkeit mit ihrer Dauer und nicht die Erfolgsherbeiführung mit ihrer einmaligen Wirkung für die begriffliche Unterordnung maßgebend sein läßt.

Aber auch in der Subsumierung der Sukzessivverträge überhaupt — Gierke hat in erster Linie die Sukzessivlieferungsverträge im Auge — unter die Regel der Dauerschuldverhältnisse ist Gierke nicht zu folgen. Zunächst kommt auch er folgerichtig wie Müller-Erzbach zu der Ablehnung eines Rücktrittsrechts hinsichtlich des ganzen Vertrages: ein praktisch vielfach höchst unbrauchbares Ergebnis. Ferner beruht auch seine Ansicht auf einer Verkennung der Selbständigkeit der Einzelraten. Gerade in den „stoßweisen Einzelverpflichtungen" und damit in den vorübergehenden Schuldverhältnissen liegt ja das Typische eines Sukzessivvertrages, das dadurch, daß sich der Vertrag als Ganzes auf eine Dauer erstreckt, nicht beseitigt wird; ganz abgesehen davon, daß die Dauer des Gesamtvertrages auch in ihrer Gesamtheit wegen der in ihr liegenden Obligation zu in sich *selbständigen* Leistungen niemals zu einer Unterordnung unter Rechtsregeln, die *unselbständige*, fortlaufende Leistungen zum Gegenstand haben, führen darf. Dies ist auch dann nicht der Fall, wenn man, wie Gierke, Verträge, die Zahlungen zu bestimmten Terminen auf einer Seite zum Gegenstand haben (z. B. Miet-, Pacht- oder auch Rentenverträge) als besonders geeignet für eine Entnahme sukzessiver Regeln ansieht. Ist hier schon an sich die Zahlung nur, wie er selbst sagt, „Teilinhalt", d. h. Teilleistung, die nur dadurch, daß sie in bestimmten Perioden fällig wird, nach außen mit einer gewissen Selbständigkeit hervortritt, so kommt, wie wir auch später noch sehen werden, eine Anwendung der für diese Art von Verträgen maßgebenden Bestimmungen schon

[1]) oben S. 22 ff.

deswegen nicht in Frage, weil mangels einer gesetzlichen Regelung die Sukzessivverträge als solche stets aus allgemeinrechtlichen Vorschriften, niemals aber aus einzelnen Spezialrechtsnormen oder aus durch die Zusammenfassung von spezialrechtlichen Begriffen gewonnenen Rechtsgrundsätzen heraus zu erfassen sind. Dabei ist jedoch stets zu berücksichtigen, daß sukzessive Rechtsregeln nur dann zur Anwendung kommen können, wenn tatsächlich sukzessive, d. h. über die betroffene Einzelrate hinausgehende Rechte geltend gemacht werden sollen. Solange dies nicht der Fall ist, liegt kein Grund vor, die für den jeweiligen Vertragstypus geltenden gesetzlichen Bestimmungen etwa nicht anzuwenden. Auch insofern ist Gierke, der die Anwendung der für die jeweilige Vertragsart geltenden Bestimmungen völlig ablehnt, nicht zu folgen. Nur darin stimmen wir mit ihm überein, daß das Maß der Ausdehnung eines Rechts bei Sukzessivverträgen ausschließlich nach Lage des Einzelfalls zu bestimmen ist.

Enneccerus[1]) will schließlich wegen Vorliegen eines Dauerschuldverhältnisses ein Rücktrittsrecht vom Vertrage, soweit er noch nicht erfüllt ist, gewähren. Dieser Rücktritt sei jedoch nicht mit der Kündigung identisch, da er auch die bereits fälligen, aber noch nicht bewirkten Leistungen mit umfasse. Eine Gewährung des Kündigungsrechts oder gar eine Ersetzung des Rücktrittsrechts durch dasselbe sei jedoch unzulässig. — —

Praktisch nähert sich demnach Enneccerus grundsätzlich dem Endergebnis, zu dem auch wir gelangen, wie es sich aus der bisherigen Kritik an den verschiedenen, angeführten Ansichten und auch aus unserer im folgenden noch näher darzulegenden, eigenen Stellungnahme ergibt. Nur seiner Begründung, zu der auch er bei der Gleichstellung von Sukzessiv- und Dauerverträgen kommt, stehen wir nach dem von uns bereits wiederholt betonten und auch im Folgenden noch näher darzulegenden Standpunkt grundsätzlich ablehnend gegenüber.[2]) [3])

---

[1]) a. a. O. § 276,2 Anm. 34.

[2]) Von den Anhängern Müller-Erzbachs seien weiter genannt: Dernburg a. a. O. Bd. 2 § 179, III, Zander S. 16, Gekeler S. 10, Neuerdings Scheidt a. a. O., auch Kohler II, 1 S. 253 will bei Sukzessivverträgen Rechtssätze eintreten lassen, die mehr oder minder den Bestimmungen über Rechtsverhältnisse entsprechen. Ferner wird nach dem „Entwurf eines neuen italienischen Handelsgesetzbuches" bei den Sukzessivlieferungsverträgen bei Verzug mit einer Lieferung dem Gegner ein Kündigungsrecht gegeben unbeschadet seines Schadensersatzanspruches (vgl. Molitor in Goldschidts Ztschr. f. d. ges. Handels- u. Konkursr. 89. Bd. 1926.).

[3]) Gegen eine Anwendung der Vorschriften über Dauerverträge auf Sukzessivverträge außer den bereits als Vertreter anderer Ansicht zahlreich Zitierten aus neuerer Zeit in direkter Ablehnung insbes. Hueck a. a. O. S. 165/6; Steinki S. 64 ff.

4. Eigene Stellungnahme bei einem Sukzessivwerkvertrag.[1])

In den vorhergehenden Abschnitten sind sowohl die Ansichten des Reichsgerichts und deren Vertreter als auch diejenigen der Gegenmeinung einer Kritik unterzogen. Sie wurden — mehr oder minder — abgelehnt. Es gilt demnach, auf einem anderen Weg die Sukzessivverträge rechtlich zu erfassen. Hierbei kehren wir nach dem Exkurs über das sukzessive Moment überhaupt zugleich zurück zu unserer eigentlichen Aufgabe, dem Sukzessivwerkvertrag.

Wir waren davon ausgegangen, daß es sich bei einem Sukzessivwerkvertrag um die Herbeiführung von über den bloßen Tätigkeitserfolg hinausgehenden Erfolgen in zeitlich voneinander getrennten Raten handelt. Jede Erfolgsbewirkung — jetzt stets im Sinne unserer Werkvertragsdefinition — ist also eine selbständige Leistung, jedoch stets innerhalb des Gesamtvertrages, d. h. der Gesamtheit aller herbeizuführenden Erfolge.

Eine Vertragsverletzung, vorliegendenfalls der Verzug, ist also nach drei Richtungen hin in seiner Wirkung einer Prüfung zu unterziehen:
1) bezüglich der verletzten Rate selbst,
2) bezüglich der noch zu leistenden Raten,
3) in Bezug auf die bereits geleisteten Raten.

Zu 1):

Die Selbständigkeit einer Rate bewirkt, daß der Verzug sich auf die betroffene Rate beschränken kann, wenn der Gläubiger weitergehende Rechte nicht geltend machen will. Dies ist bei den Sukzessivlieferungsverträgen allgemein anerkannt; es ist nicht einzusehen, weshalb es bei einem Sukzessivwerkvertrag anders sein sollte.

Die Rate wird in diesem Fall insoweit aus dem Sukzessivvertrag herausgehoben und wird zu einem Einzelwerkvertrag, auf den die Vorschriften über Werkverträge schlechthin anzuwenden sind.[2]) Die Verzugsfolgen sind hier im Prinzip im § 636 BGB. geregelt. — Für den Fall, daß der Unternehmer mit der Beseitigung eines Mangels in Verzug ist, kommt § 633 Abs. 3 in Frage, nach welchem der Besteller den Mangel selbst beseitigen und Ersatz der erforderlichen Aufwendungen verlangen kann. Ist bei der Herstellung des Werkes eine

[1]) Bei der Mannigfaltigkeit der beim Verzug bei einem Sukzessivvertrage aufgetauchten Ansichten vermotwendigt sich hier eine besondere abgeschlossene eigene Stellungnahme unter Berücksichtigung der Werkvertragsvorschriften. Bei den nachfolgend behandelten Vertragsverletzungen wird dieselbe dem behandelten Stoff eingefügt werden.

[2]) Dies im Gegensatz zu den sukzessiven Kaufverträgen, bei solchen sind mangels Vorliegens besonderer Verzugsvorschriften nur die Allgem. Bestimmungen aus § 326 anzuwenden.

Handlung des Bestellers erforderlich, so kann der Unternehmer, wenn der Besteller durch das Unterlassen der Handlung in Verzug der Annahme kommt, eine angemessene Entschädigung verlangen (§ 642, Abs. 1; bezüglich der Höhe der Entschädigung vgl. Abs. 2 der Bestimmung).

§ 636 BGB. ist insofern von besonderer Bedeutung, als er gegenüber den sonst im BGB. gegebenen Schadensersatzansprüchen eine Ausnahme darstellt. Er lautet in Abs. 1:

„Wird das Werk ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig hergestellt, so finden die für die Wandlung geltenden Vorschriften des § 634 Abs. 1—3 entsprechende Anwendung; an die Stelle des Anspruchs auf Wandlung tritt das Recht des Bestellers nach § 327 vom Vertrage zurückzutreten. Die im Falle des Verzugs des Unternehmers dem Besteller zustehenden Rechte bleiben unberührt".

Hiernach hat der Besteller für den Fall, daß der herbeizuführende Werkvertragserfolg ganz oder zum Teil nicht rechtzeitig bewirkt wird, folgende Rechte:

a) nach allgemeinen Vorschriften kann er Erfüllung und bei Verschulden Schadensersatz verlangen, im Falle des Zutreffens des § 326, d. h. bei auf tatsächlichem oder fingiertem Verschulden beruhendem Verzug kann er die dort bezeichneten Rechte geltend machen: er kann nach Ablauf der gesetzten Frist Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen oder vom Vertrage zurücktreten oder im Falle, daß bei teilweise bewirkter Erfüllung die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit verlangen oder vom ganzen Vertrage zurücktreten. Einer Fristsetzung bedarf es nicht, wenn die Erfüllung des Vertrages infolge des Verzugs für den anderen Teil kein Interesse hat.

— § 636 Abs. 1 S. 2 BGB. —

b) Nach der Sondervorschrift des § 636 Abs. 1 S. 1 hat der Besteller ein Rücktrittsrecht auch ohne Verzug, also ohne Rücksicht auf Verschulden. Regelmäßig muß er aber dem Unternehmer eine Frist zur Fertigstellung mit der Androhung setzen, daß er nach Ablauf der Frist die Werklieferung ablehne. Nur ausnahmsweise kann er sofort zurücktreten, wenn die rechtzeitige Herstellung unmöglich ist, wenn der Unternehmer sich weigert oder der Besteller ein besonders Interesse an dem sofortigen Rücktritt hat.

Zu 2) und 3):

Anders, wenn der Gläubiger seine Rechte nicht auf die einzelne Rate beschränken will, sondern sie auch auf die übrigen Einzelleistungen

ausdehnen möchte, wie es in den meisten Fällen begreiflicherweise geschehen wird. Hier hat der Werkvertrag als solcher gegenüber dem sukzessiven Moment zurückzutreten, die Bedeutung der Einzelleistung hat dem Interesse des Gesamtvertrages zu weichen. Infolgedessen können hier nicht mehr die Sonderbestimmungen über den Werkvertrag, sondern lediglich allgemein-schuldrechtliche Vorschriften Anwendung finden.

Darüber stimmt man, wie wir gesehen haben, ja auch durchweg überein.[1]) Auch darin ist man sich einig, daß sich die ausschlaggebenden Fragen durch die Bestimmung des § 326 beantworten lassen.

Insoweit soll sich auch unsererseits den vertretenen Ansichten angeschlossen werden. Nur zu der Begründung der Anwendung dieser Vorschrift und der Ausdehnung derselben möge eigens Stellung genommen werden, da hierin das Kriterium des Meinungsstreites liegt.

Zwecks Erreichung eines das Rechtsempfinden und das Verkehrsleben gleich befriedigenden Ergebnisses geben wir von folgenden Erwägungen aus:

Der § 326 BGB. setzt Verzug voraus, und zwar:

a) Verzug mit der ganzen Leistung
— § 326, Abs. 1 S. 1 und 2 —

und

b) Verzug mit einem Teil der Leistung
— § 326, Abs. 1 S. 3. —

Nur der sub b) genannte Fall kommt für unsere Zwecke in Betracht. Denn bei einem Sukzessivvertrag handelt es sich, sofern nicht Verzug aller Raten und damit Verzug mit dem Gesamtvertrage vorliegt, oder der oben geschilderte Fall eines Verzichts des Gläubigers auf über die betroffenen Einzelraten hinausgehende Rechte gegeben ist, stets um *teilweise* Bewirkung bezw. Nichtbewirkung im Rahmen des Gesamtvertrages. Schon aus diesem Grunde haben wir uns lediglich auf den Satz 3 des § 326 Abs. 1 zu beschränken, und es bedarf keiner Erörterung über die Auslegungsmöglichkeiten des § 326 Abs. 1 S. 1 und 2, insbesondere auch nicht nach der Richtung, ob der in dieser Vorschrift nach erfolgter Fristsetzung vorgesehene Verzug über den Einzelratenverzug hinausgehende Wirkungen tätigen kann oder nicht; denn diese Bestimmung fällt, da sie den Verzug mit der ganzen Leistung regelt, aus dem Rahmen der Beantwortung unserer Frage heraus.

[1]) Abgesehen natürlich von Müller-Erzbach a. a. O. und deren Anhangern, die wir grundsätzlich ablehnen.

Hiernach ziehen wir ausschließlich den § 326 Abs. 1 S. 3, der seinerseits auf § 325 Abs. 1 S. 2 verweist, für unseren Fall in Betracht.

Nach den genannten Bestimmungen ist der Gläubiger bei nach Fristablauf teilweise nicht bewirkter Leistung berechtigt, wenn die teilweise Erfüllung des Vertrages für ihn kein Interesse hat, Schadensersatz wegen Nichterfüllung der ganzen Verbindlichkeit zu verlangen oder vom ganzen Vertrage zurückzutreten.

Was bedeutet nun diese Vorschrift für einen Sukzessivvertrag bezw. einen Sukzessivwerkvertrag?

Bei dieser Frage scheiden sich, wie gezeigt, die Ansichten. Einige Autoren wollen den ganzen Vertrag von den Verzugsfolgen ergriffen wissen, andere nur einen Teil.

Bei wörtlicher Auslegung des § 325 scheinen tatsächlich die Vertreter der erstgenannten Ansicht recht zu haben, nach welcher nur für den ganzen Vertrag zurückgetreten werden kann, auch für den Fall, daß an einem Teil der Raten noch ein Interesse besteht. Hierbei würde man zu einem vielfach unerfreulichen Ergebnis gelangen. Man denke nur daran, daß der Besteller die auf Grund des Sukzessivwerkvertrages getätigten Leistungen bereits verwertet hat, daß diese ihren Zweck voll und ganz erfüllen oder daß sie vielleicht schon verbraucht sind. Beispielsweise habe eine Fabrik mit einer Eisengießerei die in regelmäßigen Abständen nach Herstellung zu bewirkende Lieferung bestimmter Maschinenteile, zu deren Konstruktion von jener zu lieferndes Eisen zu verwenden ist, vereinbart. Plötzlich gerät die Eisengießerei aus irgendwelchen Gründen mit einigen Raten in Verzug. Sollte da die Fabrik auch betreffs der bereits gelieferten Maschinenteile, die längst ihre Verwendung gefunden haben, zurücktreten müssen? Entspricht dies dem Interesse des Bestellers, mithin des Gläubigers? Keineswegs! Dem Interesse des Gläubigers würde es vielmehr entsprechen, wenn er nur hinsichtlich der noch zu erbringenden, nicht aber bezüglich der bereits getätigten Leistungen vom Vertrage befreit würde.

Und tatsächlich kommt es doch gerade darauf an, daß Interesse des Gläubigers zu wahren! Dadurch unterscheidet sich ja gerade der Satz 3 des § 326 Abs. 1 von dem im Satz 1 und 2 dieser Bestimmung aufgestellten Grundsatz einer Haftung wegen Verschuldens schlechthin: Wenn ein berechtigtes Interesse des Gläubigers gegeben ist, soll der Schuldner noch über sein tatsächliches Verschulden hinaus

verhaftet werden, ein Prinzip, das seinen Niederschlag in zahlreichen anderen Bestimmungen des BGB. gefunden hat.[1])

Wäre nun etwa diesem Grundsatz, der doch zwecks Wahrung der Interessen des Gläubigers aufgestellt ist, gedient, wenn man vorliegendenfalls die Rechte aus § 326, Abs. 1 S. 3 bezw. 325 S. 2 nur hinsichtlich des g a n z e n Vertrages gewähren wollte?

Bereits das angeführte Beispiel genügt, um diese Frage zu verneinen.

Demnach würde es völlig verfehlt sein und dem Gesamtsinne des des BGB. widersprechen, wollte man die genannten Bestimmungen wörtlich auffassen und anwenden. Vielmehr hat hier ein teilweises Rücktritts- bezw. Schadensersatzrecht im Interesse des Gläubigers Platz zu greifen, das nur soweit reicht, als das Interesse des Gläubigers berechtigterweise geschwunden ist, eine Ansicht, die heute wohl als vorherrschend anzusehen ist.[2])

Auf den Sukzessivvertrag angewendet hat dies folgende Bedeutung: der Gläubiger kann entweder bezüglich der bereits geleisteten Raten oder hinsichtlich des ganzen Vertrages Rücktritt oder Schadensersatz geltend machen. Er kann dies jedoch nur, wenn er ein besonderes Interesse an der Geltendmachung hat und zwar dann gemäß Abs. 2 des § 326 ohne Setzung einer Nachfrist.

Hierbei kann die Anwendung der genannten Gesetzesbestimmungen auf den Sukzessivwerkvertrag jedoch stets nur eine analoge sein. Denn ein Sukzessivvertrag ist in keiner Form im BGB. geregelt, mithin kann die hierin vorhandene Lücke im geltenden Recht nur durch Analogie ersetzt werden.

Es bleibt noch die Frage zu beantworten übrig, ob der Gläubiger bezüglich der einzelnen Raten verschiedene Rechte geltend machen kann.

Nach zwei Richtungen hin ist zu unterscheiden:[3])

1) Ob bereits mehrere Ratenleistungen fällig und im Verzug sind, oder

2) ob die über die fälligen Raten hinaus geltend gemachten Rechte nur im Wege des mangelnden Interessennachweises erhoben werden können.

---

[1]) Außer der zur Rede stehenden Bestimmung vgl. insbesond. BGB. §§ 280, 286, 325, 468, 469, 542, 628.

[2]) Als erster hat Stammler a. a. O. S. 130/31 darauf hingewiesen. Ihm folgen u. a.: Schollmeyer, 7c zu § 325, Rehbein Ziff. 25 zu §§ 320-327; Oertmann Ziff. 3 zu 325; Düringer-Hachenburg Bd. 3 S. 116; Jacobi S. 91; Lehmann S. 160, neuerdings Kurnik S. 39, Steinki S. 77; — a. M. insbesondere Makower Bd. 2, S. 1132 ff.

[3]) Vgl. hierzu R.G. 1,64; 17,51; 37,59. Bolze, 9 Nr. 397; 20, Nr. 510.

Im ersten Fall folgt aus der Selbständigkeit der einzelnen Rate, die ja dem Gläubiger auch gestattet, seine Rechte auf eine einzelne Rate zu beschränken, daß wegen jeder Einzelleistung ein anderes Recht geltend gemacht werden kann. Es hieße die Selbständigkeit hinfällig machen, wollte man den Gläubiger zwingen, bezüglich mehrerer im Verzug befindlicher Raten dieselben Rechte erheben zu müssen. Denn wie der Verzug und dessen Grund für jede Rate ein selbständiger ist, so sind es auch notwendigerweise die hierauf beruhenden Rechte. Hierbei ist es gleichgültig, ob beispielsweise die zweite und dritte Rate fällig werden, bevor der Gläubiger das Wahlrecht bezüglich der ersten ausgeübt hat, oder ob die folgenden Raten zu einer Zeit fällig werden, zu welcher die Verzugsrechte hinsichtlich der ersten Rate bereits geltend gemacht sind.

Anders im Falle 2. Hier beruht die Tatsache, daß der Gläubiger seine Rechte über die fälligen Raten hinaus ausdehnen kann, lediglich darauf, daß es ihm gelingt, sein mangelndes Interesse an teilweiser Erfüllung des Vertrages nachzuweisen, mithin auf einem Moment, das den ganzen Vertrag berührt. Nur aus dem Gesichtspunkt der Zusammengehörigkeit der Raten, nicht aus dem ihrer Selbständigkeit heraus, können hier überhaupt Rechte erhoben werden. Infolgedessen müßte man es als eine unzulässige Zerreißung des Gesamtvertrages bezeichnen, wollte man dem Gläubiger die schrankenlose Anwendung verschiedener Rechte bezüglich der einzelnen Raten gestatten. Nur insoweit darf er nach dem von uns aufgestellten Grundsatz wählen, ob er seine Rechte nur bezüglich der ausstehenden oder auch hinsichtlich der bereits gelieferten Raten geltend machen will. Niemals darf er jedoch einzelne, noch nicht fällige oder bereits gelieferte Raten aus dem Vertragsganzen herausgreifen und bezüglich ihrer ein anderes Recht zur Anwendung bringen als bezüglich des anderen Teils des Vertrages.

Schließlich ist noch kurz auf etwaige Rechtsfolgen des für den Werkvertrag als Besonderheit oben bereits erwähnten § 636 BGB. auf den Rahmenvertrag einzugehen.

Nach unserem bereits wiederholt betonten Standpunkt lehnen wir eine solche Möglichkeit grundsätzlich ab. Denn die Ausdehnung von an sich nur die betroffenen Raten berührenden Rechtsfolgen auf andere nicht betroffene kann lediglich auf Grund einer allgemeinschuldrechtlichen Vorschrift, wie wir sie im § 326 Abs. 1 S. 3 gefunden haben, geschehen. Niemals können dagegen spezialrechtliche Normen, die einen konkreten Tatbestand von konkreten Gesichtspunkten

aus regeln wollen, in dieser Beziehung maßgebend sein. Das würde zu rechtlichen Folgen führen, die unabsehbar wären.

Wir kommen somit zum Endergebnis, daß Verzugsfolgen beim Sukzessivwerkvertrag, soweit sie über eine Rate hinausgehen sollen, lediglich aus § 326 Abs. 1 S. 3 Berücksichtigung finden können.

B. Unmöglichkeit.

Unmöglich ist die Leistung dann, wenn einem nach der Verkehrsanschauung oder dem Parteiwillen als wesentlich anzusehendem Erfordernis nicht mehr genügt werden kann.

Man unterscheidet ursprüngliche und nachfolgende Unmöglichkeit, je nachdem die Leistung vor oder nach Vertragsabschluß unmöglich war bezw. wurde. Beide Arten zerfallen wieder in eine objektive und eine subjektive Unmöglichkeit, letztere kurz Unvermögen genannt. Objektive Unmöglichkeit ist Unmöglichkeit schlechthin, Unvermögen liegt vor, wenn die Leistung lediglich dem Schuldner zu erbringen nicht möglich ist.

Sukzessivverträge werden grundsätzlich nur über Gattungssachen abgeschlossen. Infolgedessen gibt es bei ihnen prinzipiell keine objektive ursprüngliche Unmöglichkeit. Ist der Sukzessivvertrag ausnahmsweise über Speziessachen geschlossen und infolgedessen ursprüngliche objektive Unmöglichkeit gegeben, so wird sie durchweg nur den Gesamtvertrag berühren. Denn sie bedeutet Unmöglich v o r Vertragsabschluß, sie endet also nach Abschluß des Rahmenvertrages und damit nach Festlegung der Einzelleistungen, deren Entstehen ja hiermit — wenigstens in ihren Essentialen — zusammenfällt. In diesem Falle würde also bei objektiver ursprünglicher Unmöglichkeit grundsätzlich der ganze Sukzessivvertrag, mithin auch — mangels Vorliegens gegensprechender Gründe — der ganze Sukzessivwerkvertrag nicht zur Entstehung gelangt sein, sodaß keinerlei gegenseitige Ansprüche gegeben wären. Es käme lediglich bei Vorliegen einer culpa in contrahendo auf Grund des § 307 BGB. Ersatz des negativen Interesses in Frage. Dies ist sowohl dann der Fall, wenn der Gläubiger seine Rechte nur betreffs einer Rate geltend machen will, als auch dann, wenn er darüber hinausgehen will.

Subjektive ursprüngliche Unmöglichkeit berührt in keinem Fall die Gültigkeit des Schuldverhältnisses, mithin auch nicht diejenige des Sukzessivwerkvertrages hinsichtlich irgend einer der gegebenen Möglichkeiten.

Wir kommen zur nachträglichen Unmöglichkeit, und zwar betrachten wir zunächst den Fall, daß der Gläubiger seine Rechte auf die betroffene Rate beschränken möchte oder daß er bei Vorliegen derselben Art von Unmöglichkeit aus dem Gesamtvertrag als solchem vorgehen will. Hier ergeben sich seine Rechte zunächst aus den allgemein-schuldrechtlichen Vorschriften über nachfolgende Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen. Unter Gleichstellung der objektiven und subjektiven Unmöglichkeit ist zu unterscheiden, ob kein Vertragsteil (§ 323), der Gläubiger (§ 324) oder der Schuldner (§ 325) die Unmöglichkeit zu vertreten hat. Daneben sind die spezialrechtlichen Bestimmungen über den Werkvertrag zu berücksichtigen. Insbesondere kommt hier § 645 BGB. in Frage. In dieser Vorschrift heißt es:

„Ist das Werk vor der Abnahme infolge eines Mangels des von dem Besteller gelieferten Stoffes oder infolge einer von dem Besteller für die Ausführung erteilten Anweisung untergegangen, verschlechtert oder unausführbar geworden, ohne daß ein Umstand mitgewirkt hat, den der Unternehmer zu vertreten hat, so kann der Unternehmer einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz der in der Vergütung nicht inbegriffenen Auslagen verlangen. Das Gleiche gilt, wenn der Vertrag in Gemäßheit des § 643 aufgehoben wird.

Eine weitergehende Haftung des Bestellers wegen Verschulden bleibt unberührt".

Bei dieser Sondervorschrift handelt es sich also um eine vom Unternehmer zu vertretende nachträgliche Unmöglichkeit.

Schließlich ist der Fall zu betrachten, daß der Gläubiger seine Rechte, die er an sich nur bezüglich einer oder mehrerer Raten hat, auf alle Raten oder einen Teil derselben ausdehnen will. Hierzu sei folgendes bemerkt:

Die Unmöglichkeit unter dem Gesichtspunkt des sukzessiven Momentes spielt bei den Sukzessivverträgen gegenüber den anderen Vertragsverletzungen, dem besprochenen Verzug und dem unten noch zu erläuternden sog. positiven Vertragsverletzungen, eine untergeordnete Rolle. Dies folgt daraus, daß man bei Gattungssachen, um die es sich, wie wir wiederholt sahen, bei Sukzessivverträgen fast ausschließlich handelt, nur sehr selten von einer Unmöglichkeit dem Gegenstande nach sprechen kann, es sei denn, die ganze Gattung der geschuldeten Sache oder, falls es sich um eine beschränkte Gattungsschuld handelt, dieser Teil sei untergegangen, oder die Beschaffung der Leistung sei so

schwierig geworden, daß sie billigerweise niemand mehr zu gemutet werden kann.[1])

Diese Seltenheit der Unmöglichkeitsbegriffe wird, wie man es versucht hat, auch nicht dadurch behoben, daß man der Unmöglichkeit dem Gegenstande nach eine Unmöglichkeit der Zeit nach gleichstellt. Eine solche Unmöglichkeit tempore ist denn doch „eine sehr bedenkliche Sache“ [2]) und wird nur in den allerseltensten Fällen tatsächlich Unmöglichkeit sein, sondern sich durchweg als nichts anderes als Verzug mit Verzugswirkungen darstellen.

Wir kehren zurück zum Sukzessivwerkvertrag und den Unmögkeitsfolgen, soweit sie die an sich nur betroffene Rate überschreiten sollen. Unser hierfür in Betracht kommender grundsätzlicher Standpunkt ist bereits bei unserer Stellungnahme zu den eine Rate überschreitenden Verzugsfolgen festgelegt. Er gipfelt in den drei Voraussetzungen:

1) Die Spezialvorschriften über den Werkvertrag haben dem sukzessiven Moment gegenüber zurückzutreten.

2) Da es sich um einen teilweise erfüllten Vertrag handelt, haben die allgemein-schuldrechtlichen Vorschriften über teilweise Erfüllung Anwendung zu finden.

3) Nur bei Verschulden des anderen Teils sind dem Gläubiger über die Einzelrate hinausgehende Rechte zu gewähren.

Unter Berücksichtigung dieser drei Gesichtspunkte kommen wir mutatis mutandis zu der in § 325, Abs. 1 S. 2 erwähnten Bestimmung, zu der wir bei unserer Ansicht über den Verzug auf dem Umweg des § 326, Abs. 1 S. 3 gelangt waren. Es genügt also, insoweit auf das dort Gesagte zu verweisen. Bemerkt sei nur noch, daß der § 615 BGB. wegen des oben, sub 1 aufgestellten Prinzips über die Einzelwerkvertragsleistung hinausgehende Wirkungen von sich aus niemals herbeiführen kann.[3])

§ 6. Die Rechtsfolgen von positiven Vertragsverletzungen.

Den negativen Vertragsverletzungen: Verzug und Unmöglichkeit, stehen die positiven Vertragsverletzungen gegenüber. Zur Erfassung und zur Erläuterung ihres Begriffes innerhalb der vorliegenden Abhandlung folgen wir zunächst den Gedankengangen von Staub[4]) als dem grundlegenden Schöpfer dieser juristischen Idee.

[1]) Vgl. R.G. 88, 174.

[2]) Vgl. Staub. Positive Vertragsverletz. S. 12, 13.

[3]) Soweit der Fall der Unmöglichkeit überhaupt bei Sukzessivverträgen berücksichtigt ist, finden sich keine neuen Theorien gegenüber den beim Verzug erwähnten, sondern die Autoren wenden durchweg ihre dort vertretene Ansicht entsprechend auf die Unmöglichkeit an.

[4]) Staub, Die positiven Vertragsverletzungen Berlin 1903, 1904, 1913.

Staub[1]) definiert: „Positive Vertragsverletzungen liegen vor in den zahlreichen Fällen, in denen jemand eine Verbindlichkeit durch positives Tun verletzt, in denen jemand tut, was er unterlassen soll, oder die Leistung, die er zu bewirken hat, zwar bewirkt, aber fehlerhaft."

Danach sind zwei Hauptfälle zu unterscheiden;

1) Es tut jemand etwas, was er unterlassen soll;

2) Jemand bewirkt eine Leistung, aber fehlerhaft.

Beide Fälle haben als gemeinsames Moment den Verstoß gegen eine Unterlassungspflicht durch positives Tun: im ersteren Fall ist die Unterlassungspflicht eine primäre, im zweiten eine sekundäre.[2])

Diese Staubsche Deduktion hat erst allmählich ihre Anerkennung, die sie heute wohl durchweg hat, gefunden. Aus der Scheu heraus, den bestehenden Möglichkeiten einer Vertragsverletzung eine neue hinzuzufügen, bemühte man sich, mit den Normen des Verzugs[3]) oder der Unmöglichkeit[4]) auszukommen, indem man ihnen Fälle der positiven Vertragsverletzung subsumierte. Daß Fälle denkbar sind, in denen sich positive Vertragsverletzung und Unmöglichkeiten decken, soll nicht bestritten werden. Infolgedessen kann man auch nicht generell eine Grenze zwischen Unmöglichkeit und Verzug einerseits und positiver Vertragsverletzung andererseits ziehen. An der Notwendigkeit des Begriffs der positiven Vertragsverletzungen überhaupt ändert dies jedoch nichts.

Welcher Art sind nun die Rechtsfolgen derartiger positiver Vertragsverletzungen und wie belegen wir sie mit geltenden Rechtssätzen?

Unter Berücksichtigung der bei den negativen Vertragsverletzungen eintretenden Rechtswirkungen und im Interesse der Verkehrssicherheit sind als Folgen einer positiven Vertragsverletzung zu fordern:

1) Allgemeiner Schadensersatzanspruch entsprechend den §§ 280, Abs. 1, 286, Abs. 1 BGB.

2) Rücktritts- bzw. Schadensersatzrecht entprechend den §§ 325, 326 BGB.

Über die Notwendigkeit dieser Forderung besteht im allgemeinen in der Literatur Einigkeit,[5]) nur die Begründung steht in Frage.

Zu 1):

---

[1]) a. a. O. S. 5; hierzu die dort zitierten Beispiele.

[2]) Dies mit Lehmann a. a. O. S. 66, 68.

[3]) S Kipp in D.J.Z. S. 252, Dernburg ebenda S. 1 ff.

[4]) So Goldmann-Lilienthal S. 333, Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 1 ff. Utermarck a. a. O. S. 47, S. 68 ff; Lesser S. 6.; Lehmann S. 91 ff.

[5]) Vgl. Staub S. 16, 18, 30, Utermarck S. 17, 58.

Eine Schadensersatzpflicht wird bei Vorliegen von schuldhaft positiver Vertragsverletzung vielfach zugleich[1]) aus unerlaubter Handlung gegeben sein. In Frage kommen hier § 823, Abs. 1 (Verletzung eines Rechtsgutes), § 823, Abs. 2 (Verstoß gegen ein Schutzgesetz) und § 826 (unsittliche Schädigung). Es sind jedoch Fälle denkbar, in denen diese Bestimmungen versagen. Denn § 826 setzt stets Vorsatz voraus, schließt also jede fahrlässige Schädigung fremder Interessen aus. Bei § 823 sind zahlreiche Verletzungen nicht Verletzungen eines durch Absatz 1 geschützten Rechtsgutes, und auch ein Schutzgesetz im Sinne des Abs. 2 wird sich vielfach nicht finden lassen. Die Frage nach einer Vertragshaftung hat deshalb praktische Bedeutung.

Ihre Begründung ist verschieden. Eine Gruppe von Ansichten[2]) glaubt, den § 276, andere,[3]) den § 286 BGB. als Beleg angeben zu müssen.

Wir folgen den erstgenannten, auch in der Praxis vertretenen Anschauungen. Zwar stimmen wir den Gegnern zu in der Ansicht, daß das Wort „vertreten", wie wir es in § 276 BGB. finden, nicht schlechthin mit „Schadensersatzpflichtig sein" zu identifizieren ist. Aus dem Sinn des § 276 BGB. und aus der Würdigung der Tatsache heraus, daß Schuld und Schadensersatz zwei aufs engste verwandte Begriffe sind, schließlich nicht zuletzt auf Grund des durch im BGB. zerstreute Einzelbestimmungen dokumentierten allgemeinen Rechtssatzes, daß schuldhafte Verletzungen einer Verbindlichkeit Verpflichtung zum Schadensersatz nach Vertragsrecht erzeugt, können wir — das sei im Rahmen dieser Abhandlung kurz gesagt — den § 276 als Grund für einen allgemeinen vertraglichen Schadensersatzanspruch aus unerlaubter Handlung ansehen, ohne des § 286 zu bedürfen.

Zu 2):

Ein Rücktritts- oder Schadensersatzrecht wegen Nichterfüllung leiten wir für die positiven Vertragsverletzungen analog aus § 326 BGB. her.[4])

Wir argumentieren folgendermaßen: § 326 BGB. drückt für die

[1]) Über die Konkurrenz zwischen Schadensersatz aus Delikt und unerlaubter Handlung vgl. Crome, Der Anspruch aus unerlaubten Handlungen in Konkurrenz mit anderen Ansprüchen aus demselben Tatbestande D.J.Z. 9. Jg. S. 11 ff).

[2]) So Crome BGB. Bd. 2 S. 65; Dernburg Bd. 1 S. 135; Kipp in D.J.Z. S. 251; Schöller bei Gruchot Bd. 46 S. 1, Lehmann a. a. O. S. 60 ff Düringer-Hachenburg Bd. 2 S. 71 Landsberg BGB. 413 Exkurs S. 271 Anm. 2; Hesse S. 31, 32; R. G. Bd. 52 S. 19; Bd. 53 S. 202.

[3]) So Staub S. 7, 15, Schreiner S. 55.

[4]) Vgl. Staub S. 18 ff; Dernburg Bd. 2 S. 212; Baartsch S. 35; Hesse S. 31; Anton S. 31; Müller S. 535; R. G. Bd. 51, S. 98; Bd. 57, S. 112; Entscheid. v. 6. 3. 03 in D.J.Z. 03, S. 215; Entsch. v. 1. 4. 04 in D.J.Z. 1904 S. 345.

negativen Vertragsverletzungen das Prinzip aus, bei schuldhafter Gefährdung des Vertragszweckes ein Rücktrittsrecht bezw. ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages zu gewähren. Der Gesetzgeber geht in dieser Bestimmung von dem Gedanken aus, daß Verzug schlechthin noch nicht genügt, um den vertragsmäßigen Anspruch in einen Anspruch auf Rücktritt bezw. Schadenersatz wegen Nichterfüllung umzuleiten. Vielmehr muß, um festzustellen, daß der Vertragszweck gefährdet ist, regelmäßig eine Frist gesetzt werden, aus deren ergebnislosem Ablauf dann zu folgern ist, daß der Vertragszweck nunmehr in objektiv erkennbarer Weise in Frage gestellt ist (vgl. § 326, Abs. 1 BGB.). Nur wenn der Verzug den Vertragszweck derart gefährdet, daß die Interesselosigkeit des vertragstreuen Teils an der Leistung ohne weiteres anerkannt werden muß, ist ein Rücktrittsrecht ohne Fristsetzung gegeben (§ 326 Abs. 2 BGB.).

Es ist naheliegend, dieses in § 326 BGB. für die negative Vertragsverletzung aufgestellte Prinzip auf die positive Vertragsverletzung analog anzuwenden. Auf diese Weise kommen wir für die positiven Vertragsverletzungen zur Aufstellung folgenden Rechtssatzes:

Jede positive Vertragsverletzung, die den Vertragszweck gefährdet, gibt ein Rücktrittsrecht oder ein Recht auf Schadenersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages.

Je nach der Größe der Gefährdung und der dadurch bedingten mehr oder minder großen — rechtlich beachtlichen — Interesselosigkeit an der Leistung können diese Rechte ohne oder erst nach Fristsetzung geltend gemacht werden.

Welche Bedeutung haben nun die positiven Vertragsverletzungen mit ihren durch Analogieschluß gewonnenen Rechtsfolgen auf einen Sukzessivvertrag?

Zurückkehrend zu unserem eigentlichen Thema, dem Sukzessivwerkvertrag, unterscheiden wir wie früher nach der Richtung, ob der Gläubiger seine Rechte auf die betroffene Rate beschränken oder darüber hinaus weitere Rechte geltend machen will.

Für den ersten Fall gilt es zunächst die Frage zu klären, ob es überhaupt möglich ist, neben den Gewährleistungsansprüchen beim Werkvertrag— Wandlung oder Minderung gemäß § 634, Schadensersatz wegen Nichterfüllung nach § 635 — noch einen weiteren, vertragsmäßigen[1]) Anspruch aus positiver Verletzung herzuleiten. Daß die genannten Gewährleistungsansprüche wie beim Kauf so in erhöhtem Maße beim Werkvertrag vielfach den Interessen des Gläubigers nicht

[1]) Über den Anspruch aus Delikt vgl. oben S. 56 der Abhandlung.

in gerechtem Maße Rechnung tragen, mithin ein Bedürfnis nach weitergehenden Ersatzansprüchen besteht, leuchtet ohne weiteres ein. Trotzdem halten einige Autoren[1]) einen Schadensersatzanspruch neben den Mängelrechten für nicht möglich, da sie die Bestimmung über die Haftung für Mängel für ausschließlich halten, mithin die Zulassung weiterer vertraglicher Ersatzansprüche für unzulässige Verbesserung bestehender gesetzlicher Bestimmungen ansehen. Wir folgen dieser Ansicht nicht, sondern schließen uns unter Berufung auf die von Staub und anderen überzeugend dargelegten Gründe[2]) der Gegenmeinung an.

In Anwendung auf den uns interessierenden Sukzessivvertrag bedeutet dies für den Fall der Geltendmachung von Rechten auf die einzelne betroffene Erfolgsbewirkung:

Der Besteller kann auf Grund des § 634 BGB. vorgehen und Wandlung oder Minderung, im Fall des § 635 BGB. auch Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Daneben können die Rechte aus positiver Vertragsverletzung analog § 326 BGB. geltend gemacht werden.

Wie nun, wenn über die betroffenen Einzelraten hinausgehende Rechte beansprucht werden?

Wir haben wiederholt betont, daß in dem Augenblick, wo es gilt, Ansprüche, die über die betroffene Einzelleistung hinausgehen, zu erheben, die Spezialvorschriften des Werkvertrages gegenüber den Allgemeinbestimmungen, wie sie für das sukzessive Moment anzuwenden sind, zurückzutreten haben. Das dies umso mehr der Fall ist, wenn, wie vorliegendenfalls, die Spezialvorschriften in ihrer Spezialanwendung noch nicht einmal für genügend zu erachten sind, liegt auf der Hand. Mit Recht hat denn auch das Reichsgericht bereits in einer Entscheidung vom 23. Februar 1904 für den Sukzessivlieferungsvertrag seiner Ansicht dahin Ausdruck gegeben, daß es gerade in den Fällen andauernd fehlerhafter Lieferung das Hauptanwendungsgebiet des Rechtssatzes sieht, daß bei Gefährdung des Vertragszweckes infolge einer positiven Vertragsverletzung ein Rücktrittsrecht bezw. ein Recht auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung des Vertrages gegeben ist.

Prüfen wir nun den auf Grund des Gesagten für unsere Zwecke allein in Betracht kommenden § 326 BGB. auf seine Brauchbarkeit für positive Vertragsverletzung bei einem Sukzessivwerkvertrag hin,

[1]) Düringer-Hachenburg, Komm. S. 157; Dernburg BGB. S. 70 in D.J.Z. S. 2, 3; Kipp ebd. S. 255 Lehmann a. a. O. S. 90.

[2]) Staub a. a. O. S. 16, 17, 48; Krückmann in D.J.Z. S. 207; Müller im „Recht" S. 519; derf. a. a. O. S. 531; Hesse S. 32; Esser S. 64; R. G. Bd. 52 S. 18, 19; Bd. 53 S. 200, Bd. 56, S. 168.

so kommen wir in logischem Verfolg des für die negativen Vertragsverletzung Festgestellten zu dem Ergebnis, das auch für die positiven Vertragsverletzungen allein der Satz 3 des § 326, Abs. 1 in Betracht kommt, da nur dieser einen teilweise bereits erfüllten Teil voraussetzt. Es sind demnach die durch Analogieschluß für die negativen Vertragsverletzungen beim Sukzessivwerkvertrag gewonnenen Ergebnisse analog auf die positiven Vertragsverletzungen anzuwenden. Hier wie dort wird das mehr oder minder große rechtlich zu beachtende Interesse des Gläubigers an den Leistungen für die Möglichkeit und den Umfang der Ausdehnung seiner Rechte und die Art und Weise der Geltendmachung — nach Fristsetzung oder ohne eine solche — von Bedeutung sein. Insofern ist also auf unsere Stellungnahme bei den negativen Vertragsverletzungen zu verweisen. Nur das eine sei als Folge der positiven Vertragsverletzung erwähnt: mehrere leichte Vertragsverletzungen können den Vertragszweck ebenso gefährden wie eine schwere Verletzung oder wie die Nichterfüllung der Vertragsschuld.

§ 7. Das Kündigungsrecht nach Werkvertragsrecht.

Es bleibt noch übrig, auf ein noch den speziellen Bestimmungen des Werkvertrages besonders gegebenes Recht hinzuweisen: das Kündigungsrecht.

Ein Kündigungsrecht besteht sowohl für den Unternehmer wie für den Besteller.

Das Kündigungsrecht des Unternehmers ist in § 613 BGB. geregelt. Es beruht auf folgenden Erwägungen:

In vielen Fällen ist zur Bewirkung des Werkvertragserfolges eine Mitwirkung des Bestellers erforderlich. Man denke an die Erteilung von Anweisungen und Plänen, die Gewährung von Sitzungen für ein bestelltes Porträt usw. Zwar ist dem Unternehmer eine Forderung auf diese Mitwirkung nicht gegeben, aber er kann den Besteller dadurch in Annahmeverzug setzen, daß er ihn zur Mitwirkung auffordert. Er kann dann neben dem Ersatz etwaiger Mehraufwendungen eine angemessene Entschädigung fordern, deren Höhe sich einerseits nach der Dauer des Verzuges und der Höhe der vereinbarten Vergütung, andererseits danach richtet, was der Unternehmer infolge des Verzuges an Aufwendungen erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwerben kann (§ 642). Außerdem kann er dem Besteller zur Nachholung eine angemessene Frist setzen mit der Erklärung, daß er den Vertrag kündige, wenn die Handlung nicht bis zum Ablauf der Frist vorgenommen werde. Im Falle, daß die

Frist erfolglos verstreicht, ist der Vertrag ipso iure für die Zukunft aufgehoben (§ 643), und der Unternehmer kann einen der geleisteten Arbeit entsprechenden Teil der Vergütung und Ersatz derjenigen Auslagen verlangen, welche in der Vergütung nicht inbegriffen sind (§ 645, Abs. 1 S. 2).

Inwiefern wirken nun diese Bestimmungen auf einen sukzessiv abgeschlossenen Werkvertrag?

Nach dem von uns aufgestellten Grundsatz, daß sukzessive, d. h. über die von der Vertragsverletzung unmittelbar betroffenen Einzelraten hinausgehende Rechte nur auf Grund der für das sukzessive Moment überhaupt gefundenen allgemein-schuldrechtlichen Normen geltend gemacht werden können, kommen wir auch hier zu dem Ergebnis, daß die Geltendmachung eines Rechtes nach § 643 bezw. 642 BGB. nur bei solcher Einzelrate zulässig ist, bei welcher der Besteller, der zur Mitwirkung verpflichtet ist, trotz Fristsetzung und Androhung die Mitwirkung unterläßt. Da nun Fristsetzung nur dann rechtliche Folgen zeitigen kann, wenn Fälligkeit vorliegt, ist sie mithin rechtlich nur dann beachtlich, wenn die Mitwirkung verlangt werden kann. Wann und inwieweit dies der Fall ist, bleibt Auslegungsfrage im Einzelfalle.

Anders bei dem Kündigungsrecht des Bestellers nach § 649 BGB.

Diese Vorschrift läßt in hervorragendem Maße den Werkvertrag als eine Art des Arbeitsvertrages erscheinen, und zwar dergestalt, daß hierdurch die zur Herbeiführung des Werkvertragserfolges benötigte Tätigkeit gegenüber dem Erfolg selbst in den Vordergrund tritt, ohne daß der Erfolg jedoch andererseits derart zurückgedrängt würde, daß dadurch der Vertrag in seiner Gesamtheit zu einem Tätigkeitsvertrag würde. Durch die Bestimmung über die Kündigung ist ein Moment eingefügt, das dem Nebenfaktor jedes Werkvertrages, der auf den Werkvertrag hinzielenden Tätigkeit, Genüge tut. Dies ist wie beim Einzelwerkvertrag so in erhöhtem Maße beim sukzessiven Werkvertrag der Fall, denn hier bedingt die Mehrzahl der herbeizuführenden Erfolge auch eine dementsprechend erhöhte Tätigkeit, die ihrerseits wiederum gesteigerte Berücksichtigung durch die Kündigung finden muß.

Die Kündigung nach § 649 bedeutet nun eine Aufhebungsmöglichkeit für die Zukunft *zu jeder Zeit*. Dadurch unterscheidet sie sich einerseits von allen anderen, nach Werkvertragsrecht möglichen Kündigungsarten. Sie steht dadurch aber auch in krassem Widerspruch zu den bei Vertragsverletzungen gegebenen Rechten, die stets an bestimmte Voraussetzungen, wie Fälligkeit, Anmahnung, Fristsetzung usw.

gebunden sind. Sie ist ein Recht schlechthin. Bei einem Sukzessivwerkvertrag handelt es sich demnach nicht mehr darum, festzustellen, wie weit über eine Einzelrate hinausgehende Rechte erhoben werden können, denn eine betroffene Rate gibt es hier gar nicht. Nicht aus dem Gesichtspunkt des sukzessiven Momentes, sondern aus demjenigen des Gesamtvertrages als solchen heraus ist das Kündigungsrecht des § 649 zu werten, wobei der Sukzessivwerkvertrag als ein einziger, großer Werkvertrag mit der Besonderheit zeitlich getrennter einzelner Erfolgsbewirkungen in Erscheinung tritt. Infolgedessen kann die Kündigung des Bestellers, die, wie es ausdrücklich heißt, den „Vertrag" aufheben soll, nur den Vertrag in seiner Gesamtheit, niemals aber einzelne Vertragsteile wie die Einzelraten zur Aufhebung bringen, ein Ergebnis, das bei Berücksichtigung der dem Unternehmer gemäß § 649 gegebenen Ansprüche als durchaus billig erscheint.